

Año 9 Volumen 28 marzo - mayo 2015

Quid Iuris



Tribunal Estatal Electoral
de Chihuahua

TRIBUNAL ESTATAL ELECTORAL



Clasificación:
LC - JA71
Dewey - 324.072



@Quid_Iuris



Disponible en el

App Store

<http://www.quidiurischiihuahua.org.mx>

Erick Alejandro Muñoz Lozano
Magistrado Presidente

Socorro Roxana García Moreno
Magistrada

César Lorenzo Wong Meraz
Magistrado

Quid Iuris

Volumen 28 Año 2015

Publicación trimestral del

Tribunal Estatal Electoral

de Chihuahua



Publicación Indexada. Folio 17756

Sistema Regional de Información
en Línea para Revistas Científicas
de América Latina, el Caribe, España y Portugal

latindex

QUID IURIS: Locución latina. "¿QUÉ DEL DERECHO?"

Número ISSN: 1870-5707

Clasificación:

LC - JA71

Dewey – 324.072

Se prohíbe la reproducción total o parcial del contenido de esta publicación sin la autorización de los autores.

EN LA PORTADA.- "Yo sólo consumo Manzana de Chihuahua"

A la manzana chihuahuense se le ha llegado a considerar la mejor en sabor a nivel mundial, ocupando el primer lugar en la producción a nivel nacional. Ejemplo en el año 2013 tuvo una producción de 684,700 (seiscientos ochenta y cuatro mil setecientas) toneladas con un valor de producción de \$ 3,238,484.36 (tres millones doscientos treinta y ocho mil cuatrocientos ochenta y cuatro pesos 36/100) sembradas en una superficie de más de 28 mil hectáreas, esto genera empleo para miles de jornaleros temporales, personas que llegan de todos los sectores del país a comprar y recolectar frutos. Esta industria de nivel mundial, da empleo directo a cerca de 35 mil personas anualmente.

Ningún Estado de la República se acerca a la producción de manzana que tienen los Municipios como Guerrero, Namiquipa y Cuauhtémoc, principales productores en el Estado; en México.. y en Latinoamérica..., las condiciones climáticas como la naturaleza de la tierra, la iluminación, el frío y el cuidado que se le da desde la siembra aumenta la concentración de azúcar y por lo tanto los huertos chihuahuenses producen un fruto aromático, con mayor consistencia jugosa, sabor intenso y alto valor nutricional.

El Congreso del Estado en el año 2002 decreto el primer sábado de octubre, como el Día Estatal de la Manzana, por lo que el Municipio de Guerrero celebra un festival en donde los mejores productores del país presentan su producción de manzana y de alimentos elaborados como jugos, vinos, sidras, vinagres, galletas, manzanas acarameladas, pays, mermeladas, entre otros derivados de la manzana, además este festival ofrece actividades culturales y artísticas.

Es lamentable la competencia desleal que se realiza permitiendo la entrada de manzana extranjera con deficiente nivel nutricional y de bajo costo que es de pepena y desperdicio con sabor a cartón.

Agradecemos a "Grupo La Norteña" del municipio de Cuauhtémoc el apoyo otorgado para la realización de la portada y contraportada de esta edición.

Publicación trimestral coleccionable
del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua
Calle 33 No. 1510
Colonia Santo Niño
Chihuahua, Chih., México, 31200
Tels.: (614) 4-13-06-91 y 4-13-64-50

www.techihuahua.org.mx

quidiuris@techihuahua.org.mx



@Quid_Iuris

Aplicaciones disponibles en:



Apple Store

www.quidiurischihuahua.org.mx

Consejo editorial

Erick Alejandro Muñoz Lozano

Magistrado Presidente

Socorro Roxana García Moreno

Magistrada

César Lorenzo Wong Meraz

Magistrado

Responsable editorial

Magistrada Socorro Roxana García Moreno

Comité editorial

Lic. Nohemí Gómez Gutiérrez

Lic. Nancy Lizeth Flores Bernés

Lic. Alicia Hinojos Gutiérrez

Diseño de portada

Ing. Miguel Ángel Solís Durán

Objetivo

La Colección Jurídica Quid Iuris, es una publicación trimestral del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, la cual tiene como objetivo la divulgación y fortalecimiento de la cultura democrática a través de la difusión de trabajos de gran relevancia académica para los estudiosos de las ciencias jurídicas, políticas y sociales, con la participación de destacados académicos y juristas locales, nacionales e internacionales.

Quid Iuris se encuentra indexada en los catálogos *Latindex*, *vLex* y *clase*, importantes compiladores de archivos digitales de América Latina y el mundo entero, así como en la Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y arbitrada por la Escuela Libre de Derecho.



Tribunal Estatal
Electoral de
Chihuahua

Quid Iuris

Con un espíritu de servicio y renovación constante, acorde a las demandas del siglo XXI, y con el propósito de acercar la Colección a más lectores, el Consejo editorial presenta a Quid Iuris en dos modalidades más que facilitarán su uso como herramienta de investigación.

Los pasos a seguir para acceder a la Colección Jurídica en estas nuevas modalidades son los siguientes:

1. Dispositivos móviles *Apple*: a) ingrese a la aplicación *App Store*, b) introduzca en el buscador las palabras claves "*Quid Iuris*", c) Una vez encontrada la publicación electrónica se podrá acceder a su descarga de forma gratuita, d) posteriormente, los volúmenes de la colección jurídica quedaran disponibles en el "Quiosco" de sus dispositivos móviles *Apple* y se le informará automáticamente en el momento en que exista un nuevo volumen para su actualización. Es posible descargar un tomo o toda la Colección.
2. Aplicación *web*: a) en cualquier dispositivo con acceso a internet ingrese a la dirección electrónica www.quidiurischihuahua.org.mx b) acceda al volumen de su preferencia, c) además, en el buscador podrá realizar consultas de los artículos a través de filtros por materia, volumen, autor o palabra clave.

Esta nueva herramienta es parte clave de la visión innovadora y muestra del crecimiento por el que hemos trabajado para colocar a Quid Iuris en un espacio importante en el ámbito académico a nivel estatal, nacional e internacional.



www.quidiurischihuahua.org.mx

Contenido

<i>Presentación</i>	13
Artículo inéditos	
<i>Telecomunicaciones: más beneficios y derechos a los usuarios</i> Graciela Ortiz González	17
<i>El lado oscuro de las acciones afirmativas. Una visión crítica</i> Mauricio Huesca Rodríguez (Artículo arbitrado)	33
<i>Auditoria Abierta. Alianza para el Gobierno Abierto</i> Jesús Manuel Esparza Flores	75
<i>Candidaturas independientes: ¿Más ciudadanización en los procesos electorales?</i> Cecilia Sarabia Rios (Artículo arbitrado)	89
<i>Pautas epistemológicas de la interpretación del acto jurídico testamentario desde la hermenéutica jurídica</i> Noadis Milán Morales y Celia Araujo Quintero	115
<i>El garantismo en la justicia electoral</i> Alan Enrique Ramírez Rodríguez	159
<i>Análisis de servicios públicos esenciales y servicios de interés general a la luz de la legislación española</i> María Nieves Pacheco Jiménez y María del Pilar Molero Martín-Salas	187
Recomendaciones editoriales	
<i>Reflexiones sobre el decreto constitucional para la libertad de la américa mexicana</i>	227
<i>Pragmática Lingüística</i>	231
<i>Anécdotas políticas de Chihuahua</i>	235
<i>Lineamientos editoriales</i>	237

Presentación

La investigación jurídica y la difusión de la cultura democrática constituyen uno de los principales fines del Tribunal Estatal Electoral, ello con el objeto de brindar a la ciudadanía las herramientas necesarias para fomentar una cultura crítica e informada como ejes rectores que fortalezcan la consolidación de la democracia.

La Colección Jurídica *Quid Iuris* ofrece a sus lectores diferentes temas que invitan a reflexionar, así como a formar un conocimiento acerca de las distintas expresiones que convergen en la ciencia jurídica, las cuales, dada su trascendencia y visión, robustecen el Estado Democrático como sistema de gobierno y forma de vida.

En el presente volumen encontraremos contribuciones de gran calidad y que, como en las anteriores ediciones, cumplen con los requerimientos editoriales y metodológicos, con opiniones sustentadas en la investigación de distintas materias del Derecho, realizadas por prestigiados académicos nacionales e internacionales, y servidores públicos de reconocida trayectoria.

En primer término, contamos con la distinguida contribución de la Senadora Graciela Ortiz González, con el tema: "*Telecomunicaciones: más beneficios y derechos a los usuarios*", destaca, en el contexto de la necesidad de generar mayor competencia en la prestación de servicios esenciales para los consumidores, las bondades de la reforma en materia de telecomunicaciones y radiodifusión como elementos fundamentales para el desarrollo económico y social del país dada su importancia en el acceso a la cultura, la educación, la salud, y, en general, para el ejercicio pleno de los derechos humanos.

Con la participación del maestro en Derecho Internacional, Mauricio Huesca Rodríguez, Secretario de Estudio y Cuenta del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, con el título "*El lado oscuro de las acciones afirmativas. Una visión crítica*". En el cual a partir de un

estudio del principio de igualdad describe los efectos contradictorios que conlleva la implementación de estas acciones, llegando en la exposición de su crítica a una sobresaliente conclusión.

Relevante el tema: *"Auditoría Abierta. Alianza para el Gobierno Abierto"* que nos presenta el titular de la Auditoría Superior del Estado de Chihuahua, Jesús Manuel Esparza Flores, puntualiza con base en cuatro principios; transparencia, rendición de cuentas, participación ciudadana e innovación tecnológica, el conjunto de acciones encaminadas a revelar el quehacer de la Auditoría Superior del Estado teniendo como fin el que la ciudadanía participe y pueda informarse de la labor que realizan las instituciones públicas y su gestión.

La doctora Cecilia Sarabia Ríos, investigadora del Departamento de Estudios de Administración Pública de El Colegio de la Frontera Norte en Ciudad Juárez, explora un tema de actualidad intitolado: *"Candidaturas independientes: ¿Más ciudadanización en los procesos electorales?"* examina el desarrollo de esta forma activa de participación en las contiendas electorales en nuestro país, sus implicaciones en el sistema de partidos y sus desafíos.

Interesante artículo nos presentan las profesoras de la disciplina de Derecho Civil, de Familia y Agrario de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Cuba; maestra Noadis Milán Morales y la licenciada Celia Araujo Quintero, denominado: *"Pautas epistemológicas de la interpretación del acto jurídico testamentario desde la hermenéutica jurídica"*. Donde exponen de manera clara y concreta, los criterios, métodos y aspectos decisivos en torno a la declaración de la última voluntad del testador.

"El garantismo en la justicia electoral" del maestro en Administración Pública y Política Pública, especialista en Derecho Electoral, Alan Enrique Ramírez Rodríguez, analiza en el marco de un sistema electoral, los alcances y límites de la justicia en los partidos políticos. El autor plantea en su investigación una interesante propuesta que cobró vigencia en la pasada reforma política-electoral de 2014, tanto constitucional como legal.

Las doctoras en Derecho Civil; y Constitucional, por la Universidad de Castilla-La Mancha, España, María Nieves Pacheco Jiménez y María del Pilar Molero Martín-Salas, respectivamente, describen en forma general, el marco conceptual, evolución histórica y jurídica de los servicios públicos, y en particular, analizan la naturaleza y regulación de las categorías más importantes, con el tópico: "*Análisis de servicios públicos esenciales y servicios de interés general a la luz de la legislación española*".

Otro aspecto enriquecedor de la Colección Jurídica *Quid Iuris* lo constituye las recomendaciones editoriales que realizan distinguidos juristas, las que dada su descripción y entusiasmo, motivan a su lectura, lo que sin lugar a dudas contribuye y fortalece el conocimiento de la ciencia del derecho y de otros temas de gran utilidad.

Lic. Julio César Merino Enríquez,
Coordinador de enlace con organismos
electorales del Tribunal Estatal Electoral
de Chihuahua

TELECOMUNICACIONES: MÁS BENEFICIOS Y DERECHOS A LOS USUARIOS

*Graciela Ortiz González **

SUMARIO: I. Introducción; II. Telecomunicaciones y radiodifusión: un mercado necesitado de regulación; III. ¿Qué cambios impulsó la reforma?; IV. Una reforma a favor de los usuarios; V. Regulación y resolución de conflictos; VI. Conclusión.

* Senadora de la República en la LXII Legislatura en la cual es Presidenta de la Comisión de Estudios Legislativos e integrante de las Comisiones de: Gobernación; Relaciones Exteriores Organismos no Gubernamentales; Seguridad Pública; y de la Comisión Especial para la atención y seguimiento al caso Oceanografía, S.A de C.V. Así mismo, es Vicepresidenta de la cuarta Comisión Permanente de la Unión Interparlamentaria (UIP) para asuntos de la ONU en representación del Congreso Mexicano, ha sido Diputada Federal en la LXI Legislatura. En el Estado de Chihuahua ha ocupado los cargos de Diputada local en la LVII Legislatura (1992-1995), Secretaria de Fomento Social, Secretaria de Educación y Cultura, Directora General de Pensiones Civiles, y Secretaria General de Gobierno. Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Chihuahua.

Recibido: 12 de enero de 2015
Aceptado: 13 de enero de 2015

Resumen:

En materia de telecomunicaciones se establece la eliminación de las tarifas por el cobro de larga distancia nacional a partir del primer día del 2015, tanto en telefonía fija como móvil, uno de los beneficios que impulsé desde el Senado de la República mediante la presentación de una iniciativa en el mes de noviembre de 2013, ya que no había motivo para la aplicación de estos cargos ante la consolidación de las áreas de la telefonía fija y de las regiones de la telefonía móvil.

Palabras clave: telecomunicaciones, tarifas, reforma, competitividad, economía nacional, derecho a la información.

Abstract:

Regarding telecommunications it settles the elimination of charges for domestic long distance calls starting the first day of 2015 to both mobile and landline phones, this is one of the benefits I promoted from the Senate of the Republic by presenting an initiative in November 2013 since there was no reason for the collection of these charges due to the consolidation of the different areas of landline phones and mobile phones regions.

Key words: telecommunication, rates, reform, competitiveness, national economy, right to information.

I. Introducción

Desde que resultó electo para ocupar la presidencia de la República, Enrique Peña Nieto fue claro respecto a que buscaría implementar cambios importantes, postergados por muchos años, para detonar un crecimiento económico que pudiera avivar el desarrollo del país y brindar una mejor calidad de vida a las familias mexicanas. En esta tarea se trabajó de la mano con las fuerzas políticas más representativas, con miras a generar acuerdos básicos que permitieran avanzar y evitar obstáculos legislativos en asuntos de primera importancia para el país.

La coordinación en el establecimiento de prioridades de la agenda de trabajo fue plasmada en el Pacto por México, firmado el 2 de diciembre de 2012, que marcó un hito en la historia de la democracia mexicana al permitir una negociación amplia, plural y abierta entre el presidente y los tres principales partidos políticos del país: PRI, PAN y PRD. El objetivo principal fue construir consensos en temas prioritarios —así reconocidos por todos los actores involucrados— para evitar las parálisis características de los gobiernos divididos, que habían frenado el desarrollo del país con anterioridad. El Pacto se construyó con base en cinco apartados que abarcaron casi un centenar de acuerdos específicos, cada uno de ellos titulados: Sociedad de Derechos; Crecimiento Económico, Empleo y Competitividad; Seguridad y Justicia; Transparencia, Rendición de Cuentas y Combate a la Corrupción; y Gobernabilidad Democrática.

De esta manera, el Gobierno Federal y las distintas fuerzas políticas con representación mayoritaria en el Congreso asumían la responsabilidad de diseñar y discutir diversas reformas, entre las que destacan la educativa, la energética, la política, la de transparencia, la de competencia económica, y la de telecomunicaciones y radiodifusión. El principal objetivo era recuperar la soberanía del Estado democrático y enfrentar a los denominados "poderes fácticos", que en sus distintos campos de acción obstruían la acción estatal e intentaban conservar su poder poniendo sus intereses por delante del interés público.

Podemos referirnos al Pacto como una herramienta innovadora para profundizar la democratización del país, sustentado en tres grandes ejes rectores: "el fortalecimiento del Estado democrático de derecho; la democratización de la política, la economía y los derechos sociales; y la participación de los ciudadanos como actores fundamentales, y no sólo como sujetos, en el diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas".¹

El trabajo de la LXII Legislatura será recordado por la aprobación de este paquete de reformas de primera importancia para México, producto del impulso de un Gobierno Federal decidido a cambiar las inercias que detenían el progreso del país, y del trabajo responsable y meticuloso de un Congreso plural, abierto, de cara a la población y atento a sus necesidades. Como resultado de este proceso se aprobaron 11 reformas estructurales: una aprobada durante el periodo de transición gubernamental (la reforma laboral) y las 10 restantes promulgadas en los últimos dos años. Debemos mencionar la reforma educativa, la reforma energética, la reforma en materia de competencia económica, la reforma hacendaria, la reforma financiera, la reforma político-electoral, la reforma de transparencia, la nueva ley de amparo, el Código Nacional de Procedimientos Penales, y la reforma en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, a la que me referiré particularmente en este artículo.

II. Telecomunicaciones y radiodifusión: un mercado necesitado de regulación

La reforma en materia de telecomunicaciones y radiodifusión resultaba absolutamente necesaria para generar mayor competencia en la prestación de servicios esenciales para los consumidores, y básicos para la consolidación de las democracias modernas. El gobierno electo y las principales fuerzas políticas así lo entendieron, y en consecuencia el Pacto por México incluyó diversos compromisos encaminados a garantizar un acceso equitativo a telecomunicaciones de clase mundial, para lo cual deberían promoverse cambios regulatorios significativos.

¹ Pacto por México, disponible en: <http://pactopormexico.org/como/>

Las telecomunicaciones tienen un impacto poderoso en el proceso de desarrollo económico y social de los países, pues constituyen un elemento fundamental para fortalecer el crecimiento y la productividad; además, su importancia es significativa en el desarrollo de la democracia y en el acceso a la cultura, la educación, la salud, y, en general, para el ejercicio pleno de los derechos humanos. Por la importancia del sector, es común que los países realicen esfuerzos permanentes para ampliar su infraestructura e incrementar la cobertura de estos servicios.

El diagnóstico fue correcto: el nivel de competencia existente en el sector era deficiente, debido a la elevada concentración, lo que permitía a pocos actores tener capacidad para fijar precios y establecer condiciones de mercado; aprovechando esta situación, dichos actores procuraban la consecución de sus intereses particulares. Esta situación era confirmada en estudios realizados a nivel internacional, lo que respaldaba la visión sobre la necesidad de un cambio que brindara nuevo dinamismo al sector y generara nuevas condiciones de competencia que repercutieran en una mejor calidad y un menor precio de los diversos servicios de internet y telefonía (fija y móvil), así como una programación más completa y variada que la existente tanto en radio como en televisión.

Resulta pertinente recordar que en abril de 2014, cuando se discutían las leyes secundarias de la reforma, el Foro Económico Mundial presentó su Índice de Conectividad Global, en el cual se consideraron 148 países. En este estudio México reportaba una caída de 16 posiciones respecto al año inmediato anterior, pasando del puesto 63 en 2013 al 79 en 2014. Entre los temas analizados, el país había obtenido su peor rendimiento particularmente en dos: "ambiente", que consideraba el contexto político y regulatorio así como el de negocios e innovación, ubicándose en la posición 75; y "preparación", que tomaba en cuenta infraestructura y contenido digital, accesibilidad y habilidades, donde alcanzó la posición 94.

Al medir "accesibilidad" el informe se refería particularmente al costo de acceso a las tecnologías de la información y la comunicación, ya fuera telefonía móvil o internet, y el nivel de competencia existente en estos

sectores, determinante en el costo de los servicios. En este punto México obtuvo su segunda peor ubicación en el Índice (puesto 93), reportando peores resultados sólo en las habilidades de la población para acceder al uso de la tecnología (puesto 95).

Ante este escenario, los esfuerzos se concentraron en la producción de una nueva legislación, con el objetivo de modernizar el marco regulatorio y, de esta manera impulsar un sector de importancia estratégica. La reforma en telecomunicaciones resultaba clave para elevar la competitividad del sector y de la economía nacional, promover la competencia bajo nuevas condiciones de regulación.

III. ¿Qué cambios impulsó la reforma?

Seis son los ejes principales que estructuran la reforma: 1) establece nuevos derechos fundamentales, como es el acceso a las tecnologías de la información; 2) mejora y actualiza el marco legal; 3) rediseña y fortalece a los órganos reguladores; 4) promueve la competencia efectiva; 5) otorga la inclusión digital; y 6) promueve más y mejor infraestructura.

La reforma regula el uso, aprovechamiento y explotación de los servicios públicos de interés general de telecomunicaciones y radiodifusión, y la convergencia entre éstos, los derechos de los usuarios y las audiencias, y el proceso de competencia y libre concurrencia en estos sectores. De esta manera se fomenta la atracción de inversiones, ya que habrá más empresas participantes en los sectores involucrados, ofreciendo más y mejores oportunidades a los usuarios y consumidores.

El rediseño institucional fue uno de los principales objetivos de la reforma, con la intención de evitar la duplicación de funciones y la superposición de campos de acción que facilitarían incumplimientos por parte de los actores regulados. Para ello se creó el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), órgano regulador autónomo dotado de atribuciones para regular y promover la competencia y el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones y la radiodifusión, incluyendo banda ancha e internet. Para ello, el IFT

tiene a su cargo la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, los recursos orbitales, los servicios satelitales, las redes públicas de telecomunicaciones y la prestación de los servicios de radiodifusión y de telecomunicaciones, así como del acceso a la infraestructura activa y pasiva, y otros insumos esenciales. El IFT también es el encargado de otorgar concesiones, emitir convocatorias para licitaciones y, en su caso, sancionar y revocar las concesiones; y está a cargo de la declaración de preponderancia en caso de existir actores que concentren parte sustancial de los mercados bajo su supervisión. Así, en el ejercicio de sus atribuciones el IFT deberá actuar de manera honesta y transparente, haciendo públicas sus deliberaciones y las sanciones que pudiera imponer por violaciones a la ley.

La Reforma en Telecomunicaciones y sus leyes secundarias aseguran la libre expresión y manifestación en todos los medios de comunicación, incluyendo internet, ampliando las libertades; y brinda las mismas oportunidades de acceso a las tecnologías a comunidades rurales y urbanas, así como a las personas con discapacidad, fortaleciendo la igualdad efectiva. Además, fomenta la competencia, la productividad y la innovación, sin dejar de mencionar que brinda a las familias mayores posibilidades de ahorro, lo que aumenta la prosperidad de todos los mexicanos.

De los textos legales aprobados se desprenden múltiples beneficios. En materia de telecomunicaciones se establece la eliminación de las tarifas por el cobro de larga distancia nacional a partir del primer día del 2015, tanto en telefonía fija como móvil, uno de los beneficios que impulsé desde el Senado de la República mediante la presentación de una iniciativa en el mes de noviembre de 2013,² ya que no había motivo para la aplicación de estos cargos ante la consolidación de las áreas de la telefonía fija y de las regiones de la telefonía móvil. También se establece la obligatoriedad de la portabilidad del número en 24 horas, así como el desbloqueo de los equipos telefónicos, lo que facilitará el cambio de compañía prestadora si

² Presentada junto con la Senadora Blanca Alcalá Ruiz. Para mayor información relativa a esta iniciativa ver <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=44621>

así lo requiere el usuario, favoreciendo la competencia con base en la prestación de mejores servicios.

A esto debemos sumar que en caso de falla en la calidad de los servicios, que sean imputables al prestador, éste deberá realizar descuentos y bonificaciones a favor del usuario. A su vez, como consecuencia de la reforma, el gobierno buscará ampliar la cobertura del servicio de internet con la finalidad de reducir la brecha digital, además de llevar conectividad a más de 250 mil sitios públicos, como escuelas, edificios públicos y hospitales.

Precisamente, para lograr una mayor cobertura de los servicios de internet, el Gobierno Federal implementa una Política de Inclusión Digital Universal y una Estrategia Digital Nacional, buscando que al menos 70% de los hogares y 85% de las micro, pequeñas y medianas empresas cuenten con Internet de alta velocidad a precios competitivos. De manera adicional, se impulsa mayor cobertura en infraestructura, lo que permitirá ampliar y fortalecer la red troncal de fibra óptica, utilizando la red de la Comisión Federal de Electricidad, y desplegar una red compartida móvil mayorista, por medio de la banda de 700 MHz, con la finalidad de ampliar la cobertura de servicios móviles a precios más accesibles, en beneficio de mayores segmentos de la población.

Por otro lado, en materia de radiodifusión, la licitación de dos nuevas cadenas de televisión abierta³ brindará mayor pluralidad y diversificación en los contenidos ofrecidos; al mismo tiempo, se limitará la programación que pueda transmitirse de manera exclusiva, dando mayores opciones a la población. También se fomentan la producción nacional y la producción nacional independiente, con el objetivo de impulsar a todos los sectores de la economía vinculados con la producción de contenidos audiovisuales; y se prohíbe la publicidad engañosa. El órgano regulador será el encargado

³ El IFT publicó en marzo de 2014 la convocatoria y bases de licitación de las dos nuevas cadenas nacionales de televisión abierta. En 2015 se estarán entregando los títulos de concesión respectivos. Para mayor información consultar "IFT-1 Licitación de dos cadenas de televisión radiodifundida digital», disponible en: <http://www.ift.org.mx/iftweb/industria-intermedia/unidad-de-sistemas-de-radio-y-television/licitaciones-en-curso-radio-y-television/licitacion-ift-1/>

de evitar que se produzcan abusos y, sobre todo, deberá asegurar el respeto al interés superior de la infancia en los contenidos de radio y televisión.

Además, se pone en marcha la transición a la televisión digital terrestre, estableciendo como fecha límite el 31 de diciembre de 2015 para llevar a cabo el denominado "apagón analógico", que no es más que la evolución de las señales analógicas de televisión abierta a la televisión digital abierta. Con esto se busca dar cumplimiento al mandato constitucional de contribuir al desarrollo social, fomentar la igualdad de oportunidades entre la población (sobre todo aquella que presenta mayores rezagos) y propiciar el acceso a la Sociedad de la Información y el Conocimiento, en estricto apego al artículo 6° de la Constitución.⁴ El programa implementado por el Gobierno Federal considera la entrega de un televisor digital a cada uno de los 13.8 millones de hogares inscritos en el padrón nacional de beneficiarios de los diversos programas sociales de la SEDESOL, buscando que todos tengan acceso a mayor variedad de programación de calidad.

Finalmente, debemos destacar la promulgación de una nueva ley que establece la creación de un nuevo organismo federal, el Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano, que deberá coordinarse con los medios públicos federales existentes y tramitar nuevas concesiones, con el propósito de difundir "información imparcial, objetiva, oportuna y veraz", así como de dar espacios a la producción independiente y a la pluralidad de ideas. El nuevo sistema será dirigido por una junta de gobierno integrada por un presidente —propuesto por el Ejecutivo Federal y ratificado por el Senado—, tres representantes ciudadanos y representantes de las Secretarías de Gobernación, Educación y Salud.

IV. Una reforma a favor de los usuarios

Las leyes secundarias en materia de telecomunicaciones persiguieron un claro objetivo: lograr beneficios para todos los usuarios de servicios de telefonía y de internet, y aquellos que conforman las audiencias de la

⁴ El artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que "...el Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones".

televisión y la radio. Se ha trabajado pensando en que estos cambios en la normatividad se transformen en mejoras concretas en la prestación de estos servicios, que lleguen a todos los que usamos un teléfono celular, vemos televisión o utilizamos servicios de internet.

En el texto legal aprobado se especifican los derechos de los usuarios, que los prestadores de servicios deberán respetar en todo momento. La nueva ley incluye 14 derechos adicionales de los usuarios, lo que brinda mayor libertad para elegir los prestadores de servicio que sean de la preferencia de cada uno. Como fue mencionado previamente, las empresas de telefonía celular deberán desbloquear los equipos y permitir la portabilidad del número, por lo que podremos cambiar de compañía y mantener nuestro número y equipo telefónico. Además, las personas con discapacidad podrán utilizar un número de emergencias nacional por medio de mensajes de texto, para facilitar su acceso a una atención inmediata.

Al mismo tiempo, las empresas ya no podrán ocultar cargos extras en los recibos de teléfono, pues tienen la obligación de desglosar cada servicio que cobran; y deberán asegurar las mismas facilidades y atención tanto en la contratación como en la cancelación del servicio. Ahora todas las empresas telefónicas deberán facilitar la interconexión, lo que significa que se puedan realizar llamadas a usuarios de distintas compañías a un costo razonable, que además será transparente al estar bajo la vigilancia del órgano regulador (el IFT). Todo esto sumado a la suspensión del pago de larga distancia nacional en los servicios de telefonía, vigente desde el 1 de enero de este 2015, con lo que las familias mexicanas tendrán ahorros considerables.

En cuanto al derecho de las audiencias, destaca la inclusión de las acciones necesarias para facilitar el acceso de las personas con discapacidad a los contenidos, mediante el uso de lenguaje de señas, doblaje y subtítulo. Sobre este tema particular se establece que: al menos uno de los noticieros de mayor audiencia de cada prestador de servicios deberá estar subtítulo y contar con lenguaje de señas; los concesionarios deberán contar con equipos que faciliten el acceso a personas con discapacidad motriz,

visual y auditiva; y todas las páginas de internet de instituciones públicas deberán ser accesibles para personas con discapacidad.

Aunado a lo anterior, la normatividad obliga a que todos los concesionarios de radio y televisión elaboren códigos de ética apegados a los criterios que defina el IFT, aunque sin limitar el derecho de expresión e información; e impide el uso de publicidad encubierta como contenido informativo o la oferta de productos que no cumplan con las características promocionadas. De esta forma, el acceso a la información está garantizado para todos los mexicanos. Para asegurar el cumplimiento de estos derechos, se nombrará un defensor de audiencia, que trabajará para que se concreten en la práctica los avances del texto legal.

La transición digital terrestre (TDT), que busca la transformación de la señal de televisión analógica a una señal digital, abre la posibilidad para que las señales que la población recibe de forma gratuita en su televisor puedan ser de alta definición y el sonido de mucha mejor calidad. Entre los múltiples beneficios pueden mencionarse: mayor calidad de imagen y sonido, nueva y mayor oferta de canales y contenidos, incorporación de servicios como elección de idioma, subtítulos, guía electrónica de programación, servicios interactivos, visión multi-cámara, además de servicios orientados a las personas con debilidad auditiva o visual, entre otras. La digitalización permite que se incorporen al mercado de la televisión abierta nuevas opciones públicas, privadas, comunitarias e indígenas, en beneficio de la competencia, diversidad e igualdad de condiciones.

Pero sus beneficios van más allá. Al cambiar su televisor analógico por un televisor digital, las familias tendrán ahorros en el pago de consumo de energía y el Gobierno de la República dejará de erogar aproximadamente tres mil 276 millones de pesos al año por concepto de subsidios. Además, la TDT fomenta la equidad en el acceso a la información, la reducción de efectos ambientales negativos, y la optimización en el uso de energía eléctrica.

Todo lo dicho expone brevemente los avances que logra la ley para promover el derecho de los usuarios y las audiencias, y muestra los resultados del trabajo legislativo realizado para velar por el bienestar de todos, por medio de una regulación moderna y acorde con los requerimientos actuales en un sector que tiene una amplia y creciente presencia en la vida de todos los mexicanos.

En consonancia con el objetivo de favorecer y promover la competencia, la legislación establece que el órgano regulador, el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), declarará la preponderancia de una empresa por sector (radiodifusión y telecomunicaciones), buscando evitar que un actor concentre recursos excesivos y, aprovechando su tamaño, inhiba la competencia. Según el texto de la reforma, una empresa preponderante es aquella que posee más del 50% en el número de usuarios, suscriptores, audiencia, tráfico en sus redes o capacidad para utilizarlas, en la prestación de servicios de radiodifusión o telecomunicaciones.

En el mismo sentido, la ley faculta al IFT para determinar la existencia de agentes con poder sustancial en el servicio o mercado de que se trate, e imponer medidas relacionadas con la información, ofertas y calidad del servicio, acuerdo en exclusiva, limitaciones al uso de equipos terminales entre redes, regulación asimétrica en tarifas e infraestructura de red, incluyendo la desagregación de sus elementos esenciales y, en su caso, la separación contable, funcional o estructural de dichos agentes. Incluso, según el texto legal, el IFT debía iniciar automáticamente⁵ los procedimientos de investigación a fin de determinar la existencia de agentes económicos con poder sustancial, en cualquiera de los mercados relevantes de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión.

V. Regulación y resolución de conflictos

Con la reforma y sus leyes secundarias se fortalece el marco regulatorio para que el Estado recupere la rectoría en el sector de las

⁵ Dentro de los treinta días naturales posteriores a la entrada en vigor de la ley (Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, Artículo Transitorio Trigésimo Noveno, disponible en: <http://www.sct.gob.mx/fileadmin/Comunicaciones/LFTR.pdf>).

telecomunicaciones. En el contexto anterior, el número de litigios que enfrentaban las autoridades encargadas de regular las telecomunicaciones y la radiodifusión, y su dispersión en juzgados o tribunales alrededor del país sin especialización, postergaban los beneficios de la política regulatoria; a lo que se sumaba la posibilidad de obtener la suspensión judicial de los actos de las autoridades.

Para evitar estos retrasos, la reforma estableció la creación de tribunales especializados en telecomunicaciones, radiodifusión y competencia económica; y la Constitución prevé que no procederá la suspensión de las resoluciones del IFT, hasta tanto se resuelvan de fondo los juicios que interpongan los concesionarios. Estos mecanismos brindan certeza jurídica y generan eficiencia en la resolución de los conflictos, favoreciendo la inmediata aplicación de la normativa vigente para la promoción de una competencia efectiva, en beneficio de los usuarios.

A su vez, para que los procesos regulatorios no impliquen desbalances a favor ni en contra de actores particulares, la transparencia y la rendición de cuentas también fueron parte importante de la reforma. En abono a la transparencia, se establece que los órganos reguladores contarán con un órgano interno de control;⁶ mientras la rendición de cuentas se fortalece con la posibilidad de citar a comparecer a sus titulares a una de las cámaras del Congreso de la Unión.

VI. Conclusión

Las telecomunicaciones y el derecho a la información son actividades que tienen un impacto transversal en todos los sectores económicos del país, y la Reforma en materia de Telecomunicaciones y Radiodifusión pone a México a la vanguardia en el contexto internacional y sienta las bases para redimensionar estos sectores, mediante la atracción de inversiones y el incentivo a la competencia, sustentado en la certeza jurídica que permita ofrecer un ambiente de negocios adecuado.

⁶ Cuyos titulares serán designados por las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados (Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, Artículo 37, disponible en: <http://www.sct.gob.mx/fileadmin/Comunicaciones/LFTR.pdf>).

Los beneficios para la población son innegables. Se pone un alto a los cargos excesivos que pagaban los mexicanos en telefonía fija, celular y banda ancha, cuyo costo representa pérdidas anuales cercanas a los 26 mil millones de dólares (3.5 veces el presupuesto destinado a desarrollo social); se brindan más y mejores opciones de contenidos de televisión abierta, con la apertura de dos nuevas cadenas; se amplía el acceso y se garantiza el derecho a la información; se pone fin a la simulación de publicidad disfrazada de información periodística; se fortalecen los derechos de las audiencias. Además, los concesionarios que presten servicios de televisión radiodifundida están obligados a permitir a los concesionarios de televisión restringida la retransmisión de su señal (*must carry*), y éstos están obligados a retransmitir la señal de televisión radiodifundida (*must offer*), todo de manera gratuita y no discriminatoria.

Lejos de ser sólo promesas, los cambios ya están en marcha, y esto se verá reflejado en mejor calidad de vida para todos los mexicanos.

- A partir del 1 de enero del presente año se eliminaron los cargos por larga distancia nacional en telefonía fija y móvil, sumado a la previa eliminación de los cargos por *roaming*.
- Los proveedores de servicios de internet presentan mejores opciones para los consumidores, ofreciendo mayor velocidad de conexión a un costo menor.
- El Gobierno Federal ya trabaja en ampliar la cobertura de internet en sitios públicos: ya se han superado los 40 mil, y continúa el trabajo para llegar a la meta prevista.
- Las nuevas inversiones para el sector de telecomunicaciones son hoy una realidad con la compra de Nextel México y IUSACELL por parte de AT&T, transacciones que deberán ser aprobadas por el IFT en cumplimiento de la normativa vigente.

Se trabaja en el fortalecimiento y la expansión de la infraestructura de telecomunicaciones para ofrecer servicios innovadores de mayor calidad, como la banda ancha móvil. Entre los objetivos principales de la Reforma está lograr que los mexicanos tengan acceso a servicios de

telecomunicaciones de clase mundial y, en particular, al internet de banda ancha con velocidades de descarga, calidad y precio, que sean competitivos a nivel internacional.

Quienes ejercíamos responsabilidades públicas en el momento de impulsar las reformas estructurales, en mi caso desde el Poder Legislativo, entendimos que México enfrentaba una coyuntura que exigía amplia apertura y compromiso para hacer viables los cambios que permitieran elevar la productividad del país, para impulsar el crecimiento y el desarrollo, fortalecer y ampliar los derechos de los mexicanos, y afianzar nuestro régimen democrático y de libertades. De esta manera definimos la agenda, generamos debates amplios en torno a los temas, defendimos la pluralidad del ámbito legislativo, y con coincidencias y diferencias logramos construir importantes consensos para abrir las puertas hacia un nuevo futuro para México.

El proceso de reformas está comenzando, los resultados impactarán positivamente la vida de millones de mexicanos en un futuro cercano, sé que el Gobierno Federal trabajará con ahínco para que así sea. Desde el Poder Legislativo seguiremos abriendo espacios a la ciudadanía, escuchando el sentir de la sociedad, para avanzar en los temas que hoy preocupan a las mexicanas y los mexicanos.

EL LADO OSCURO DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS. UNA VISIÓN CRÍTICA

*Mauricio Huesca Rodríguez**

SUMARIO: I. Introducción; II. Marco teórico de la igualdad y las acciones afirmativas; 1. El principio de igualdad; 2. Igualdad material; 3. Igualdad ante la Ley; 4. Igualdad de oportunidades; 5. De la igualdad formal a las acciones afirmativas. *Su Justificación*; 6. Acciones afirmativas. *Definición*; 7. Diferencia entre acción afirmativa y discriminación a la inversa; III. El lado oscuro de las acciones afirmativas. *La crítica del autor*; 1. El abuso del derecho y la violación de otros derechos humanos; 2. La carga de la prueba en la discriminación individual y colectiva; 3. La derrotabilidad del *test* de proporcionalidad de la acción afirmativa; 4. Sí a las acciones afirmativas en la igualdad de oportunidades de partida; pero no a la igualdad de oportunidades de llegada; IV. Conclusiones; V. Fuentes de consulta.

* Secretario de Estudio y Cuenta de Sala Superior, Ponencia de la Magistrada María del Carmen Alanís Figueroa, licenciado en Derecho y maestro en Derecho Internacional, por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM), campus Ciudad de México.

Resumen:

La discriminación surgida por razones de género ha llevado a transitar de un modelo de protección de la igualdad formal o de igualdad de trato ante la ley, a un modelo social de Derecho que intenta alcanzar la igualdad material entre hombres y mujeres. Para revertir la marginación histórica, es necesario implementar medidas de intervención estatal que garanticen la remoción de obstáculos que han impedido el pleno desarrollo de derechos de los grupos marginados.

No obstante la necesidad de incorporar medidas gubernamentales compensatorias, se tienen serias dudas sobre si la remoción de los obstáculos se logra a través de la implementación de acciones afirmativas. Ello porque, de la incorporación de este tipo de acciones, no necesariamente garantizan que el efecto inmediato o paulatino sea la reversión de la discriminación o violencia en contra de la mujer. De modo que, sin estar en contra de las acciones afirmativas, la presente publicación advierte sobre algunas consecuencias negativas que conlleva su implementación, así como los altos costos que se tienen que pagar por su ejecución.

Palabras clave: acción afirmativa, igualdad material, igualdad formal, abuso del derecho, discriminación a la inversa, cuotas de género, políticas progresivas de inclusión, *test* de proporcionalidad, igualdad ante la ley, igualdad de oportunidades de partida y de llegada, violación de otros derechos humanos.

Abstract:

Since the rise of discrimination based on gender, equality has been moving from a model of protection of formal equality or equal treatment under the law, to a social model of law that seeks to achieve material equality between men and women. To reverse the historical marginalization, we need state interventions to ensure the removal of barriers that have denied the full development of the women rights.

However there are serious doubts about whether the removal of barriers is going to be achieved through the implementation of affirmative action. The incorporation of this compensatory governmental action, not necessarily warrant the reversal of discrimination against women. So, without being against affirmative action, this publication warns about some of their negative consequences, as well as the high costs that must be paid.

Key words: affirmative action, material equality, formal equality, misuse of power, reverse discrimination, gender quotas, progressive inclusion policies, proportionality test, equality under the law, equality of opportunity of departure and arrival, violation of other human rights.

I. Introducción

La *igualdad* es uno de los valores más importantes de nuestra sociedad. A este valor le hemos ido agregando nuevos componentes atendiendo a la dinámica realidad que exige el contexto social, económico, político e histórico. Dada su importancia en nuestra escala de valores, todos tenemos medianamente claro qué se debe entender por igualdad, desde la persona más letrada hasta la menos instruida tienen una noción básica de qué derechos implica el valor de la igualdad.

En principio, todo ciudadano contemporáneo conoce la premisa consagrada en el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consistente en que *la mujer y el hombre son iguales ante la ley*. A partir de esa premisa etérea, tenemos un punto de partida para exigir derechos a las autoridades o a cualquier persona física o moral con poder de autoridad que pueda afectar ese valor intrínseco de las personas.

Sin embargo, al momento de darle sentido, límites y alcances a ese valor incorpóreo de la igualdad, nos enfrentamos a un sin número de retos que no son fáciles de superar. Ello se debe a que no es sencillo encontrar un concepto único, generalmente válido y aceptado por todos, capaz de incorporar los valores de una sociedad pluricultural, desigual, con un mosaico dispar en términos de educación, visión, poder adquisitivo, e incluso calidad de vida como lo es la mexicana.

La idea más aceptada a lo largo de la historia es la concebida por Aristóteles, *la igualdad distributiva*, que supone la distribución justa de los bienes entre todos los integrantes de la sociedad.

Pero esta igualdad distributiva, en su tiempo y para entonces, estaba pensada en la idea de la igualdad entre los hombres y los bienes. Situación que, en la actualidad, deja de lado la igualdad de género y la igualdad en los derechos.

También podemos pensar en la idea de igualdad consagrada en la Revolución Francesa, en la que se aspiraba a la igualdad entre los hombres ante la ley. En esta igualdad, lo que se aspiraba era a una condición de ciudadanía reconocida por igual a todos los integrantes de esa sociedad.

Ninguna de las dos ideas de igualdad antes referidas ayudan a la consolidación de una concepción aceptada de igualdad en nuestros días. Ello porque en la actualidad, la igualdad ante la ley no es suficiente para poder incorporar a todos los ciudadanos en nuestra idea moderna de sociedad democrática, incluyente, representativa y participativa.

Las desigualdades sociales, económicas y educativas han dejado fuera a varios sectores de la población y con ello se ha hecho inalcanzable la idea de una sociedad democrática y representativa en la que todos los grupos sean igualmente escuchados y puedan tener peso en las decisiones trascendentales del país.

Sin soslayar el valor que tiene el voto universal, libre, secreto y directo para la elección de los cargos públicos *-el cual supone la idea de un ciudadano un voto, es decir que todos los ciudadanos valemos lo mismo ante la Ley y ante los procesos de elección democrática-* tenemos que hacernos cargo de la realidad que impera en las esferas pública y privada, en las cuales, existe una subrepresentación de ciertos grupos marginados de la población en la auténtica toma de decisiones, lo cual va en detrimento de la idea de una sociedad pluricultural, igual, democrática y representativa.

Dado que existen grupos subrepresentados y marginados en los puestos cúpula de poder público y privado, a fin de contar con una democracia representativa, igualitaria, participativa e incluyente, es necesario el establecimiento de *medidas de igualdad positiva*¹ que tiendan a alcanzar la igualdad material entre los grupos históricamente marginados.

¹ GIMÉNEZ, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Valencia, Tirant Monografías, 1999, p. 58.

No obstante la necesidad de intervenir en la asignación de bienes escasos a fin de compensar los desequilibrios de género que históricamente ha generado la sociedad, existen efectos lesivos o daños colaterales de terceros que genera la aplicación de este tipo de medidas compensatorias, los cuales serán objeto de estudio de esta investigación.

Por ejemplo, la aplicación de acciones afirmativas con el propósito de revertir una desigualdad histórica de género, lesiona severamente derechos fundamentales de terceros de igual importancia jerárquica que el de igualdad.

Por otra parte, las acciones afirmativas generan desequilibrios procesales en cuanto a la carga de la prueba se refiere. Ello porque, a partir de la idea conceder una igualdad de oportunidades a un colectivo tradicionalmente marginado, se ha llegado al extremo de flexibilizar la exigencia de la carga de la prueba para demostrar la discriminación individual y, en algunos casos, se ha hecho una supresión total de la carga de la prueba en la discriminación individual, derivada de la sola pertenencia al colectivo históricamente marginado, lo cual, indudablemente origina un desequilibrio en el sistema tradicional del debido proceso y podría generar otras desigualdades materiales entre las personas pertenecientes al mismo colectivo discriminado.

Otra crítica a las acciones afirmativas estriba en que existen políticas de intervención gubernamental con fines compensatorios y de reversión de la histórica discriminación, cuyas medidas no resultan idóneas, necesarias y proporcionales, en tanto que existen otras medidas menos invasivas que llevan al mismo resultado.

Finalmente, también resulta criticable la aplicación de la *igualdad de oportunidades de llegada* en las acciones afirmativas. Esto es, resulta cuestionable que el resultado de las medidas compensatorias siempre arroje al grupo vulnerable como sujeto de asignación del bien escaso, por el simple hecho de pertenecer a ese colectivo, y sin importar las condiciones particulares, capacidades, aptitudes, talentos de cada sujeto en lo individual.

Con base en las afirmaciones anteriores, la investigación tiene como finalidad entender los efectos perniciosos que podrían tener la aplicación de las acciones afirmativas, sin que ello implique rechazar su eficacia y la necesidad de su existencia.

II. Marco teórico de la igualdad y las acciones afirmativas

1. El principio de igualdad

La frase de "Todos los hombres son o nacen igual ante la ley" es una de las máximas políticas más cargadas de significado emotivo en la historia desde los estoicos hasta nuestros días, que contiene un sentido genérico y falso. No es la igualdad lo que hace falaz el sentido de esta frase, sino el de igualdad a "todos". Ello porque tal expresión se contrapone a situaciones u ordenamientos en el que no todos sino más bien pocos o algunos disfrutan de bienes y derechos de los que otros carecen.

Si bien el fantasma de la igualdad ha generado desequilibrios a las personas poderosas que han existido a lo largo de la historia, como sucedió en la Revolución Francesa, no pasa inadvertido que la "igualdad de todos", no expresa la totalidad de los hombres, pues esa expresión se ha entendido como una igualdad de los pertenecientes a un determinado grupo social que detenta el poder.²

Esta idea de igualdad de "todos" tradicionalmente se ha apartado de la idea de que "todos los hombres sean *iguales en todo*". Por el contrario, lo que ha expresado esa frase es la *igualdad de trato frente a la ley* respecto de aquellas cualidades que, según las diferentes concepciones del hombre y de la sociedad, constituyen la esencia del hombre, como la igualdad en el libre uso de la razón, en la capacidad jurídica, en la libertad de poseer, en la libertad de expresión, en la igualdad del voto de todos los ciudadanos, en la dignidad y así sucesivamente. Pero ninguna de esas

² BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1993. pp. 67-70.

concepciones de igualdad se ocupa de la *igualdad sustantiva, de hecho o material* entre hombres y mujeres.

2. Igualdad material

La igualdad material parte de la idea de que no existen condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

De ahí que, conforme a los principios rectores de la política social y económica, así como, con la intervención pública, la igualdad material busca remover los obstáculos que impidan o dificulten el ejercicio pleno y eficaz de las libertades entre hombres y mujeres y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. La igualdad material constituye entonces, una excepción a la regla de igualdad formal de trato ante la ley (consagrada en el artículo 4 de la Constitución Mexicana). Esto porque, mientras que la primera busca aparejar condiciones desiguales mediante la intervención estatal, incluso mediante medidas discriminatorias en contra de los hombres a fin de buscar equiparar igualdad de oportunidades entre los géneros; la segunda busca solamente una igualdad de trato ante la ley sin hacerse cargo de las condiciones de hecho que puedan generar desequilibrios sociales, económicos y culturales entre las mujeres y los hombres.

La igualdad formal, parte de la premisa de que todos tenemos las mismas oportunidades y, por ello, rechaza cualquier tipo de conducta discriminatoria y, por el contrario, garantiza la igualdad de trato del hombre y la mujer ante la ley. Por otra parte, la igualdad material, parte de la idea de que no existen condiciones de igualdad que garanticen un trato igualitario de oportunidades entre el hombre y la mujer, por ello, acepta y reconoce como válida cualquier tipo de discriminación positiva en contra del grupo más aventajado, siempre y cuando, a través de esta intervención, se busque llegar a un equilibrio de oportunidades entre los grupos más aventajados y menos aventajados.

Hermann Heller distingue la igualdad formal (*igualdad ante la ley*) como mandato de igual trato jurídico a personas que están en la misma situación, e igualdad material, como una reinterpretación de aquélla en el Estado social de derecho que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos.³

En ese sentido, la igualdad material busca la modificación de las circunstancias que impidan a las personas el ejercicio pleno de los derechos y el acceso a las oportunidades a través de medidas estructurales, legales o de política pública.

3. Igualdad ante la ley

Contrario a la igualdad material, la idea tradicional de igualdad ante la ley nace en un contexto histórico en el que el Estado y la sociedad está dividida en órdenes, jerarquías o castas, en el que los ciudadanos estaban divididos en categorías jurídicas diversas y distintas, en un orden jerárquico rígido, en el que las castas superiores tenían privilegios que las inferiores no gozaban, en el que las castas inferiores tenían cargas de las que las castas superiores estaban exentas. Es decir, esa idea tradicional de igualdad ante la ley estaba concebida en un Estado donde la sociedad civil estaba dividida entre campesinos, plebeyos, siervos burgueses, nobleza y clero.⁴

La idea tradicional de igualdad formal buscaba únicamente que los ciudadanos que estaban divididos en castas sociales, tuvieran un mismo derecho reconocido por la ley y un trato igualitario entre todas las estructuras jerárquicas de la sociedad, sin importar su condición económica, de origen étnico, religioso, de profesión entre otras.

De tal suerte que el sueño de esa sociedad era eliminar las barreras que dividían los derechos y prerrogativas que tenían las personas según su

³ CARMONA Cuenca, Encarna, "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, 1994, pp. 271 y sigs.

⁴ BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, nota 2, pp. 70-74.

condición económica, clerical o social, a fin de que todos fueran tratados igualmente ante la ley.

En ese estado de cosas la igualdad ante la ley se sustenta en dos elementos:

- a. Igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos ante los tribunales y,
- b. Generalidad de la ley.

La igualdad ante la ley se interpreta entonces como un principio que nos señala que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, sin ofrecer fundamentos razonables y suficientes para ello.⁵

4. Igualdad de oportunidades

De la mano de la igualdad material, surge el principio de igualdad de oportunidades, de *chances* o de puntos de partida, que comprende la aplicación de la regla de justicia a una situación, en la cual, frente a una competencia por la obtención de un bien escaso y quizá único, las reglas de la competencia por la obtención del bien escaso, tomen en consideración las situaciones particulares de los participantes, es decir, cuando existan condiciones dispares e inequitativas entre los competidores, se busque equilibrar los puntos de partida entre ellos, a fin de que la desventaja de unos no sea elemento determinante en el triunfo de los más aventajados.⁶

Este principio de igualdad de oportunidades tiene su esencia en la simplicidad de que todos los contendientes cuenten con las mismas condiciones por igual, como sucede en una partida de póker en la que todos los participantes cuentan con el mismo número de cartas y todas son asignadas aleatoriamente por igual, de esta manera no existen ventajas o desventajas de partida que puedan generar desequilibrios durante la partida de póker.

⁵ SANTIAGO, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, UNAM, 2007, p. 15.

⁶ BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, nota 2, p. 76.

Si bien pareciera un principio bastante simple y genérico, lo que lo hace innovador es el contenido que se le otorga atendiendo a situaciones específicas e históricas determinadas. Ello porque, frente a un mundo de bienes escasos, las reglas de competencia tienen que hacerse cargo de situaciones de desventaja que impiden a los competidores empezar en el mismo punto de partida, sin distinción alguna de religión, raza, género, clase, condición económica, física, etc.

De modo que el principio general apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participar en la competencia de la vida partiendo de posiciones iguales, para ello es necesario tratar de igualar condiciones económicas, sociales, materiales, físicas, etcétera que exista entre los competidores.

A fin de situar individuos desiguales por nacimiento en las mismas condiciones de partida puede ser necesario favorecer a los más desposeídos y desfavorecer frente a los más acomodados, es decir, introducir artificialmente, o bien imperativamente, discriminaciones de otro modo no existentes, como sucede por lo demás en algunas competencias deportivas en las que a los deportistas menos experimentados se les concede una cierta ventaja respecto de los que lo son más. De tal modo que, una desigualdad se convierte en un instrumento de igualdad, por el simple motivo de que corrige una desigualdad precedente; de esta manera, la nueva igualdad es el resultado de la nivelación de dos desigualdades.⁷

En el pensamiento de Bobbio, la igualdad de oportunidades parte de la idea de una intervención estatal en la igualdad de partida, de manera que frente a un bien escaso, se concedan las condiciones necesarias para que el menos aventajado pueda tener un equilibrio en oportunidades respecto del más aventajado.

Por su parte, Rawls sostiene que el principal dilema de la justicia distributiva es elegir un sistema social que sea justo, en el que una equitativa igualdad de oportunidades se origine de a partir de dar igualdad de oportunidades

⁷ *Ibidem* pp. 78-79.

económicas, de educación y cultura a las todas las personas, lo cual se debe logra con la intervención estatal.

Esto es, el gobierno tiene que garantizar un mínimo social ya sea mediante asignaciones familiares, subsidios especiales o formas más sistemáticas como los llamados impuestos negativos sobre la renta.⁸

Bobbio y Rawls coinciden entonces en que, frente a las desigualdades sociales, físicas, naturales, económicas, etc., el gobierno debe intervenir de manera severa a fin de garantizar un piso mínimo en las oportunidades de salida, frente a la competencia de bienes escasos.

Dicho de otra forma, ya sea mediante incorporación de políticas públicas progresivas o mediante el sistema de cuotas, el Estado debe garantizar la incorporación de acciones afirmativas tendentes a erradicar todo tipo de desigualdades generadas de factores sociales, culturales o económicos.

5. De la igualdad formal a las acciones afirmativas. *Su justificación*

Dada la existente desigualdad de oportunidades entre hombre y mujeres, es insuficiente que en las constituciones contemporáneas se garantice la igualdad formal o igualdad de trato ante la ley. Por ello, el principio de igualdad material requiere del Estado la obligación de actuar en la sociedad para conseguir una igualdad real entre ambos géneros.

Cuando Rawls y Bobbio se refieren a igualdad de oportunidades, se hace referencia a la igualdad en el punto de partida, no en el reparto definitivo de los bienes sociales, el cual dependerá de los méritos de cada persona concreta. Por tanto, las acciones del Estado que tratan de concretar el principio de igualdad de oportunidades -según los autores referidos- deben encaminarse principalmente al campo de la educación, la superación de cargas familiares en el caso de las mujeres, la concienciación de la sociedad, la redistribución de la renta. Es decir, todo aquello que suponiendo un

⁸ RIBOTTA, Silvina, *John Rawls, Sobre (des)igualdad y justicia*, Madrid, Dykison, 2009 pp. 193-194.

esfuerzo en la consecución de la igualdad material, no se traduce en una igualación automática de los resultados.

Dicho de otra manera, la igualdad de oportunidades sólo debe operar en *el punto de partida*, entendido este como el otorgamiento de condiciones mínimas de igualdad entre el hombre y la mujer para que participen en una competencia en condiciones de igualdad entre iguales y desigualdad entre desiguales; sin que se llegue al extremo de que la igualdad de oportunidades implique también *igualdad en los puntos de llegada*, esto es, que *a ultranza* se opte siempre por mujeres en la asignación del bien escaso por el simple hecho de ser mujer, y sin importar las condiciones particulares, capacidades, aptitudes, talentos o resultados de las evaluaciones de cada uno de los individuos en concreto.

Al respecto existe una fuerte crítica a la idea de que las acciones afirmativas sólo deban aplicarse a la igualdad de oportunidades de partida pero no a las de llegada.

Quienes abogan por la igualdad de oportunidades de llegada, señalan que la verdadera igualdad real sólo será posible cuando el Estado imponga un reparto igualitario de los bienes sociales con independencia de las situaciones individuales. Ello porque presumen que si todos nacemos iguales, cualquier diferencia es un producto social que la propia sociedad, a través del Estado, ha de corregir.⁹

De esta forma la defensa de la igualdad de oportunidades de llegada, parte de la idea de que en un estado natural, todos tendríamos las mismas oportunidades, por tanto, las desigualdades que existen entre los diferentes géneros, son productos de estructuras, estigmas y prejuicios sociales, las cuales, son necesarios revertir no sólo con la implementación de políticas de igualdad de oportunidades de partida, sino que además, se debe garantizar que en los resultados, las mujeres obtengan el bien escaso por virtud de una política de igualdad de oportunidades de llegada.

⁹ VOGEL-POLSKY, Eliane, *Las acciones positivas y los obstáculos constitucionales y legislativos que dificultan su realización en los estados miembros del Consejo de Europa*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, 1987, p. 10.

Más adelante se explicarán las repercusiones de incorporar acciones afirmativas para garantizar la igualdad de oportunidades de llegada.

Volviendo a la justificación de las acciones afirmativas, la razonabilidad de su implementación se justifica a partir de que -en los hechos- existen desigualdades sociales, físicas, naturales, económicas, de género, entre otras, que el Estado debe revertir, a fin de garantizar un piso mínimo en las oportunidades de partida.

En coordinación con la anterior justificación, los artículos 3 y 4 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*) de 18 de diciembre de 1979, ratificada por México el 23 de marzo de 1981 y publicada en el DOF el 12 de mayo de 1981, establecen que los Estados Partes están obligados a adoptar en todas las esferas y, en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

Asimismo, señala que la adopción de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

6. Acciones afirmativas. Definición

Sobre acciones afirmativas, existe un sinnúmero de conceptos pero en todos se advierte un estándar de elementos que la integran. De tal forma las coincidencias en la definición destacan que las acciones afirmativas son medidas o intervenciones del Estado, de naturaleza temporal, adoptadas

para aumentar la representación de mujeres y minorías en las áreas de empleo, educación y cultura de las que han sido históricamente excluidas y cesarán en el momento en que se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

La Directiva 2000/43 del Consejo de la Unión Europea las define como las medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto. Marc Bossuyt, en el informe final que preparó a la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, titulado "El concepto y la práctica de la acciones afirmativas", las define como el conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas específicamente a remediar la situación de los miembros del grupo a que están destinadas en un aspecto o varios aspectos de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva. Por su parte, Michel Rosenfeld define la acción afirmativa como un conjunto de acciones que mediante un trato diferenciado buscan que los miembros de un grupo específico insuficientemente representado (*por lo normal grupos que han sufrido discriminación*) alcancen un nivel de participación más alto. Finalmente, Alfonso Ruiz Miguel las define como aquellas medidas que tiene el fin de conseguir una mayor igualdad social sustantiva entre grupos sociales con problemas de discriminación o de desigualdad de oportunidades.¹⁰

David Giménez Gluck describe *las medidas de igualación positiva* como "*... los tratos formalmente desiguales que tienen como finalidad constitucionalmente admisible la igualdad entre los ciudadanos individualmente considerados y, por ello, basan la diferencia en el trato en la situación de inferioridad del beneficiado, situación de inferioridad que viene reflejada por rasgos que objetiva e individualmente la determinan. Medidas de igualación positiva son las becas, la progresividad en el impuesto sobre la renta, etc.*"¹¹

¹⁰ Sentencia de Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación identificada con la clave SUP-JDC-1080/2013 y acumulados [en línea], fecha de consulta 6 de enero de 2013, disponible en: www.te.gob.mx

¹¹ GIMÉNEZ, David, *op. cit.*, nota 1, p. 58.

Este tipo de medidas tienen dos características:

- a. La medida se basa en rasgos individuales y tiene como finalidad compensar la desigualdad material que sufre el grupo marginado desde el punto de vista individual.
- b. El rasgo característico de la discriminación es objetivo, indubitado e intemporal de inferioridad social. Generalmente este rasgo se traducirá en un rasgo económico, de raza, religión, orientación sexual, de género, e incluso natural como una minusvalía.

Para Giménez Gluck, la acción afirmativa no compensa una situación individual de inferioridad sino la minusvaloración por la pertenencia a un colectivo que comparte un rasgo históricamente marginado por la sociedad, marginación contra la que se ha de luchar desde la acción del Estado.¹²

De lo anterior es importante destacar que las acciones afirmativas son de carácter temporal y existirán mientras prevalezca la desigualdad social de los distintos grupos. La aplicación de estas medidas busca desactivar la desigualdad social, con el fin de crear condiciones comunes a todo ciudadano.

El establecimiento de este tipo de políticas compensatorias no busca garantizar de manera permanente el acceso de miembros del colectivo discriminado, sino únicamente por el tiempo necesario para revertir la tendencia negativa producida por el rechazo social.

7. Diferencia entre acción afirmativa y discriminación a la inversa

La diferencia entre acción afirmativa y discriminación a la inversa estriba en que, la primera sólo consiste en medidas favorables para un grupo determinado de la población, sin perjudicar *-cuando menos de forma directa-* al resto de los individuos; mientras que, la *discriminación a la inversa* es en realidad un instrumento que, con el propósito de compensar, establece ventajas a un grupo desfavorecido, discriminando o

¹² *Ibidem.*, p. 65.

infrarepresentando y causando perjuicios directos a otros que no son miembros del grupo beneficiado.¹³

Ejemplo de la acción afirmativa lo encontramos en el sistema de cuotas en las candidaturas a puestos de elección popular, con las cuales se pretende garantizar la participación equitativa de la mujer en el porcentaje de espacios reservados a ese género. Por tanto, no existe lesión para algún género en particular puesto que, de origen, se sabe cuántos lugares son reservados para ser ocupados por mujeres y cuántos para los hombres. De tal forma que no pueden sentirse lesionados en sus derechos ninguno de los dos géneros, en tanto que, saben que tienen espacios garantizados y que la competencia será por los espacios entre las propias mujeres y entre los propios hombres, es decir, se quita el factor género en la competencia para que éste no sirva de elemento discriminador.

Por el contrario, una política de discriminación a la inversa se presenta en el ejemplo siguiente: supongamos que existe una norma de ingreso a la universidad que exigiera 500 puntos en el examen de admisión para todos los aspirantes. Pero a su vez existe una excepción a la norma, esto es, cuando se trate de aspirantes que se autoadscriban como indígenas, el puntaje mínimo requerido para el ingreso será de 250 puntos en el examen de admisión.

Frente a tales reglas, imaginemos que en un concurso de ingreso a la universidad, solamente se abren 200 espacios, los cuales se asignarán a los mejores puntajes de entre una demanda de 500 aspirantes. El ejemplo concreto de la *discriminación a la inversa* se presenta cuando una de las plazas se otorga a un aspirante que se autoadscribe como indígena y que obtuvo un puntaje de 250, frente a otro aspirante mestizo que obtuvo un puntaje de 500.

El referido ejemplo demuestra la discriminación a la inversa que se hace a fin de que el aspirante indígena tenga una oportunidad que no habría tenido de no existir la medida compensatoria. También demuestra el efecto lesivo

¹³ SANTIAGO, Mario, op. cit., nota 5, p. 198.

que sufre el aspirante mestizo que se preparó para el examen y que obtuvo un puntaje de excelencia en el examen de admisión y que, no obstante ello, fue discriminado para dar su plaza a el aspirante indígena que se ve beneficiado con la medida discriminatoria.¹⁴

Al respecto, Giménez Gluck señala que la discriminación a la inversa provoca un daño directo en los miembros de grupos no beneficiados, puesto que aquí ya no se trata de no obtener determinados beneficios reservados a los colectivos objeto del plan, sino de perder bienes sociales escasos y codiciados, que les hubiera correspondido si no hubieran tenido en cuenta favorablemente el rasgo, es decir, el sexo, raza o discapacidad de sus competidores en el proceso selectivo sobre el que se proyectan.¹⁵

III. El lado oscuro de las acciones afirmativas. *La crítica del autor*

Dado que las acciones afirmativas implica una necesaria intervención estatal para discriminar positivamente a los hombres a fin de garantizar una igualdad de oportunidades en *el punto de partida* para las mujeres, su aplicación conlleva diversos problemas que son objeto de crítica en la presente publicación, como son los siguientes:

- a. El abuso del derecho y la violación de otros derechos humanos.
- b. La carga de la prueba en la discriminación individual y colectiva.
- c. La derrotabilidad del *test* de proporcionalidad de la acción afirmativa.
- d. La aplicación de la acción afirmativa no sólo en políticas de partida sino también en las de llegada.

Al respecto, en las siguientes páginas, el lector encontrará la crítica que la presente publicación hace a las acciones afirmativas.

¹⁴ Véase sentencia 416 U.S. 312 (1974) caso De Funis vs. Odegaard.

¹⁵ GIMÉNEZ, David, *op. cit.*, nota 1, p. 78.

1. El abuso del derecho y la violación de otros derechos humanos

En primer término, las acciones afirmativas con propósitos de equidad y género suponen oponer el derecho de la mujer a otros derechos fundamentales de los hombres. Ello porque en un escenario de bienes escasos, por mandato de una acción afirmativa, se tendrá que optar por privilegiar el acceso de la mujer frente al hombre, sin importar el valor meritocrático que pueda existir en la contienda por el bien escaso.

De modo que sin importar el derecho de antigüedad, la profesionalización y experiencia del hombre, con base en el argumento de las acciones afirmativas, la mujer es la que obtendrá el acceso al cargo aspirado.

Lo anterior genera importantes riesgos a la validez de los derechos humanos, puesto que en pos de revertir una desigualdad histórica de género, las acciones afirmativas son utilizadas como instrumento de reversión de estructuras sociales generando así efectos lesivos en los derechos humanos de otra naturaleza y que podrían ser de mayor valía al que se tutela con la acción afirmativa, tal es el caso de la dignidad humana.

A fin de ejemplificar lo anterior, a continuación se narra lo suscitado en los juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano identificado con la clave SUP-JDC-12624/2011 y acumulados,¹⁶ en los cuales, se controvertía el acuerdo CG327/2011 dictado por el Consejo General del Instituto Federal Electoral, por el que se indicaron los criterios aplicables para el registro de candidaturas a los distintos cargos de elección popular para el proceso electoral federal 2011-2012.

En dicho precedente judicial, la Sala Superior resolvió que era inadmisibles que en el acuerdo CG327/2011 el Instituto Federal Electoral se limitara a recomendar a los partidos políticos el cumplimiento de la cuota de género en la postulación de sus candidatos, siendo que por disposición legal, los institutos políticos tenían la obligación de cumplir con dicha cuota. Es decir,

¹⁶ Sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, [en línea], disponible en: www.te.gob.mx

no se trataba de una medida optativa para los partidos políticos sino obligatoria.

En consecuencia, a fin de dar cabal cumplimiento con las dos finalidades de la cuota de género, se modificó el acuerdo impugnado, a efecto de garantizar que al menos el 40% de los propietarios de las candidaturas registradas por los partidos políticos tanto de diputados como de senadores fueran del mismo género. De igual modo, con el propósito de garantizar la equidad, se resolvió que todos los suplentes que integraran ese 40% también debían pertenecer al mismo género que sus propietarios.

Ello generó que muchos militantes de distintos partidos políticos, que habían obtenido su candidatura mediante el voto de la militancia en una contienda interna partidista, fueran sustituidos por mujeres que ni siquiera habían sido registradas originalmente en el proceso de contienda interna para obtener la candidatura de los respectivos partidos políticos.

En el precedente judicial referido, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación antepuso las acciones afirmativas sobre la decisión mayoritaria de los militantes que habían expresado su voluntad en un proceso democrático para la elección de sus candidatos a puestos de elección popular.

Sin prejuzgar sobre la medida adoptada por la Sala Superior, indudablemente hubo derechos que quedaron rezagados a fin de garantizar una igualdad de oportunidades de partida a las mujeres frente a los hombres.

Tales derechos fueron por ejemplo el principio de la libre autodeterminación de los partidos políticos previsto en el artículo 41, párrafo segundo, base I, *in fine* de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual supone que los institutos políticos pueden libremente decidir sobre sus procesos deliberativos para la elección de candidatos a puestos de elección popular, siempre que esos procedimientos sean conforme a los principios de un Estado democrático de derecho.

Asimismo, otro derecho colisionado fue el derecho a ser postulado mediante la triunfo en una contienda interna partidista, en la que se hubiera obtenido el mayor número de votos por la militancia, lo cual supone un quebrantamiento al sistema participativo y democrático de los partidos políticos.

Por otra parte, también se lesiona el derecho de los militantes a que su voto emitido en las urnas sea válido y tomado en cuenta para decidir quién, de entre sus compañeros aspirantes a la candidatura, deba de ir a competir en las contiendas constitucionales de puestos de elección popular. Existen numerosos argumentos a favor y en contra de las acciones afirmativas, todos válidos por igual. Empero, la crítica de este tipo de decisiones compensatorias es que sin duda alguna lesionan otros derechos fundamentales e igualmente importantes.

Y es que resulta inevitable que en la asignación de bienes escasos, a fin de compensar las desigualdades sociales que históricamente han existido, diversos derechos humanos entren en conflicto.

Este fenómeno ya ha sido abordado antes. Al respecto Joseph Raz, señala que la estricta aplicación del *rule of law* puede presentar profundas violaciones de los derechos humanos. Afirma que respetar el *rule of law* no garantiza que no ocurran violaciones a la dignidad humana. Pero a la vez afirma que el deliberado desprecio del *rule of law* viola la dignidad humana por el hecho de que conduce a la incertidumbre y a la frustración de expectativas.

Para Raz, el *rule of law* tiene un valor negativo, el Derecho inevitablemente limita la autonomía de los individuos, en consecuencia crea el peligro de un poder arbitrario, por tanto, el *rule of law* está llamado a prevenir el peligro creado por el propio Derecho.¹⁷

¹⁷ RAZ, Joseph, *The Rule of Law and Its Virtue, The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, pp. 221-222.

Finalmente Raz rechaza la idea de que el *rule of law* representa al supremo garante de la libertad, puesto que, desde el momento en que el *rule of law* es un instrumento, no puede también constituir un fin último. Ello porque cuando nuestros propósitos son incompatibles con el *rule of law*, no pueden ser perseguidos a la vez por medios jurídicos. Raz previene que debemos ser cautos al descalificar la persecución jurídica de grandes metas sociales en nombre del *rule of law* porque después de todo, el *rule of law* está hecho para asistirnos a sustentar y promover de la mejor manera aquellos fines comunes. Sacrificarlos sobre el altar del *rule of law* volvería al derecho inútil y vacío.¹⁸

Conforme con Joseph Raz, si bien el estricto cumplimiento del *rule of law* puede lesionar derechos humanos, también reconoce que no podemos desvirtuar que la persecución de grandes metas sociales (como podrían ser las acciones afirmativas) violan derechos como la dignidad humana; puesto que, no debemos olvidar que al final el *rule of law* nos permite obtener un bienestar común.

Al respecto, no se está ni a favor ni en contra de la adopción de medidas compensatorias como las acciones afirmativas, sólo se propone que en la incorporación de las mismas siempre se procure realizar un *test de proporcionalidad* a fin de saber si es la idónea, necesaria y proporcional para obtener el fin perseguido y que, no exista alguna otra medida que pueda implementarse menos invasiva, por medio de la cual, se pueda obtener el mismo resultado.

2. La carga de la prueba en la discriminación individual y colectiva

Otro rasgo de difícil aceptación en la aplicación de acciones afirmativas para alcanzar la equidad de género, se sitúa en el terreno de la prueba. Y es que por regla general, cuando hablamos de reglas del debido proceso, partimos de una idea de justicia en la distribución igualitaria de la carga de la prueba. Asimismo existen distintas reglas de juego, con base en las

¹⁸ *Ibidem.*, p. 229.

cuales, se genera certeza respecto a cómo opera la carga y la reversión de la carga probatoria.

Tales reglas permiten tener un escenario de certidumbre jurídica para las partes sujetas a un proceso. Sin embargo, tratándose de acciones afirmativas, nos encontramos en un dilema, puesto que, no solamente se pierde certeza de cómo se resolverá un conflicto bajo los estándares del garantismo, sino que además, las reglas de la carga de la prueba pueden variar dependiendo del mejor escenario posible para las mujeres, a fin de equilibrar una situación desigual persistente históricamente.

Verbigracia, en todos los Planes de Igualdad de Oportunidades existentes en España consideran acción positiva cualquier medida que tenga por objeto un grupo minusvalorado, especialmente las mujeres, con independencia de que consista en un trato desigual, como por ejemplo disponen: la educación no sexista, la creación de centros de planificación familiar, *la inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación sexual en el empleo*.¹⁹

La inversión de la carga de la prueba *-de suyo-* genera una situación dispar dentro de las reglas del debido proceso, pero esa situación de desequilibrio procesal no solamente se manifiesta en ese terreno, pues tratándose de acciones afirmativas, además se presume la discriminación por el sólo hecho de pertenecer a un colectivo históricamente discriminado y, a partir de ello, se da acceso a las políticas de acción afirmativa sin necesidad de acreditar una discriminación individual.

Esto es, mientras que lo ordinario sería que frente a la competencia por un bien escaso, el afectado deba de acreditar la existencia de una situación discriminatoria; tratándose de políticas compensatorias de género, las mujeres están exentas de demostrar la existencia de una discriminación, pues sólo bastará con solicitar la aplicación de una norma que prevea la paridad de género y alegar la discriminación, sin que tenga que demostrar

¹⁹ GIMÉNEZ, David, *op. cit.*, nota 1, p. 61.

alguna situación de disparidad entre los concursantes del bien escaso para que pueda tener el beneficio que contempla la medida compensatoria.

Lo anterior lleva a preguntar ¿Cómo se prueba una discriminación? ¿A caso debe acreditarse al caso concreto?, o es válido eximir de dicha carga probatoria cuando la persona afectada alegue la pertenencia a un grupo vulnerable minoritario e históricamente discriminado.

A juicio del autor, la supresión total de la carga de la prueba en la discriminación individual, podría no resolver el problema de desigualdad de género que buscan corregir las políticas compensatorias y las acciones afirmativas.

Ello porque si lo que se pretende alcanzar con las acciones afirmativas es una igualdad material entre mujeres y hombres, la no exigencia de demostrar la discriminación individual, podría generar desequilibrios no sólo en el proceso, sino además, desequilibrios en la asignación de recursos escasos.

No contemplar situaciones particulares de cada aspirante en la solución de conflictos de desigualdad de oportunidades de partida, no resuelve el tema de la discriminación que sufre un colectivo, por el contrario, sólo enmienda formalmente una desigualdad pero no corrige la desigualdad material.

Por ello, es necesario que para corregir desigualdades materiales, la aplicación de las acciones afirmativas deba hacerse cargo de exigir que se acredite al caso concreto la discriminación individual, y no quedarse en la premisa falaz de dar por sentado que -por pertenecer a un colectivo históricamente relegado- queda acreditada la discriminación.

Detrás de la idea de derogar la carga de la prueba de la discriminación individual, está la premisa de la existencia de colectivos históricamente discriminados, cuyo sustento se encuentra, entre otros, en las estadísticas que demuestran la discriminación.

Pero aquí nuevamente nos enfrentamos a la errónea idea de que las estadísticas sirven como medios de prueba. Al respecto, existe evidencia de que las estadísticas no sirven como medio de prueba.

La mayoría de los teóricos de la prueba en el contexto del proceso judicial, consideran que la probabilidad frecuentista o estadística no es adecuada para dar cuenta del razonamiento probatorio en el derecho porque no dice nada acerca de lo que importa de forma general al proceso: los hechos individuales. La probabilidad estadística nos informa únicamente de frecuencias relativas en que se da un tipo de eventos en una situación dada. Pero, de forma general, en el proceso no importa determinar la frecuencia con la que los hombres solteros mayores de 60 años, con título universitario y jubilados, matan a sus hermanas, sino si Juan ha matado a su hermana (lo que, aunque sea soltero, mayor de 60 años, con título universitario y jubilado, es independiente de aquella frecuencia).²⁰

Ejemplo de ello lo encontramos en el juicio para la protección de los derechos político-electorales identificado con el número de expediente SUP-JDC-1080/2013 y acumulados,²¹ en el cual, se resolvió sobre la constitucionalidad y legalidad de la convocatoria al concurso público 2013-2014 para ocupar cargos y puestos del Servicio Profesional Electoral del Instituto Federal Electoral, como medida compensatoria especial de carácter temporal para garantizar plazas solamente a mujeres.

En dicha convocatoria se aprobó un concurso exclusivo para mujeres, como una medida para impulsar la igualdad de oportunidades y la paridad de género. Se razonó que la implementación de esa medida especial de carácter temporal corregiría la actual integración desigual de las plazas del Servicio Profesional Electoral entre hombres y mujeres.

Para evidenciar tal desequilibrio de género, el Instituto Federal Electoral incorporó al razonamiento, una gráfica que revelaba que, mientras que los hombres ocupaban el 78.20% de las plazas, las mujeres apenas alcanzaban

²⁰ FERRER, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 98.

²¹ Sentencia de Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, [en línea], disponible en: www.te.gob.mx.

el 21.80%, lo cual demostraba una profunda desigualdad en la integración entre hombres y mujeres.

Aunado a ello se razonó estadísticamente que en los cargos de más alta jerarquía las mujeres alcanzaban a penas el 9.38% para el caso de las vocalías ejecutivas locales y el 10.84% en el caso de las vocalías ejecutivas distritales.

En el referido precedente, el Instituto Federal Electoral determinó realizar un concurso público para ocupar cargos y puestos del Servicio Profesional Electoral como medida especial de carácter temporal, entre otras cosas, bajo el sustento de las estadísticas, las cuales, reflejaban una integración mayoritaria de los hombres sobre las mujeres en cargos del servicio profesional electoral.

Al respecto, se debe tener cuidado con acreditar la discriminación de un colectivo sobre la base de las estadísticas, puesto que, como se ha precisado, la estadística no dice nada acerca de los hechos individuales, la estadística nos informa únicamente de frecuencias relativas en que se da un tipo de eventos en una situación dada, pero de ninguna manera podría servir para acreditar la existencia de una discriminación individual de las mujeres sobre los hombres.

De tal suerte, no podemos tener por resuelta supresión de la carga de la prueba de la discriminación individual a las mujeres por el sólo hecho de pertenecer al colectivo históricamente discriminado.

Otra corriente que sustentan la idea de eximir de la carga de la prueba de la discriminación individual, descansa en la premisa de la búsqueda de un derecho paritario entre hombres y mujeres, en cuyo caso, se hace innecesario probar cualquier tipo de discriminación hacia la mujer, pues bastará con que exista la norma paritaria de género para solicitar la adopción de la misma y entonces aplicar la acción afirmativa, sin mayor análisis probatorio.

Esta justificación para suprimir la carga probatoria, resulta aún más peligrosa que la anterior, puesto que en este supuesto, no se exige si quiera el elemento normativo de la discriminación para que opere la acción afirmativa, pues ésta se aplicará *ipso iure* por la sola composición no paritaria del órgano que se quiera integrar.

Ejemplo de ello lo encontramos en el juicio de revisión constitucional electoral SUP-JDC-28/2010²² en donde se impugnaba la indebida integración del Tribunal Estatal Electoral y de Transparencia Informativa del Estado de Sonora.

En el Estado de Sonora, la integración del tribunal electoral era de tres magistrados siendo que en uno de ellos debía recaer la presidencia.

Al respecto, al momento de elegir la presidencia de dicho órgano, los magistrados varones *-que ya habían ocupado la presidencia-* determinaron repetir en el cargo de presidente, dejando fuera la posibilidad de que el órgano fuera presidido por una mujer.

Derivado de la sentencia emitida por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, se ordenó la integración de la Presidencia por una mujer, atendiendo a que la institución de la Presidencia debía ser rotativa y además porque conforme con el artículo 22, párrafo vigésimo cuarto, de la Constitución Política del Estado de Sonora, en la integración de los órganos electorales debía operar el principio de paridad de género.

Como se observa, en el precedente citado, no se exigía la demostración de discriminación hacia la mujer, ni estadísticas de discriminación, sólo bastó una interpretación paritaria para que se aplicara la acción afirmativa. Tal situación, si bien podría ser justificada a fin de compensar una desigualdad de hombres y mujeres en la integración en los órganos del poder público, resulta peligrosa la frágil argumentación y la endeble

²² Sentencia de Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, [en línea], disponible en: www.te.gob.mx

exigencia para la demostración de la discriminación individual, pues basta que una norma prevea el principio de paridad o equidad de género para que *-por mandato de ley-* se aplique la acción afirmativa, sin tomar en cuenta los hechos individuales que rodean las circunstancias del conflicto.

De todo lo anterior podemos concluir que, la débil exigencia para demostrar la discriminación individual y, en algunos casos, la total abolición de la carga de la prueba en la discriminación individual, derivada de la sola pertenencia al grupo históricamente marginado, indudablemente origina un desequilibrio en el sistema tradicional del debido proceso y podría generar otras desigualdades materiales entre las personas pertenecientes al mismo colectivo discriminado.

3. La derrotabilidad del *test* de proporcionalidad de la acción afirmativa

Otra crítica que se hace a la incorporación de acciones afirmativas como mecanismos de compensación de desigualdades estructurales históricas, se sustenta en que existen políticas compensatorias que no soportan el *test* de proporcionalidad, con lo cual, debilita la justificación de su implementación y genera la idea de políticas excesivas, arbitrarias y no justas.

En efecto, la justificación de las acciones afirmativas a menudo presenta diversos problemas en su configuración, pues el interés del Estado por buscar la igualdad material a fin de terminar con la marginación producida por el trato desigual, genera esquemas de desigualdad en contra del género opuesto, ya sea en la asignación de derechos o en la distribución de los bienes escasos.

Por ello, al momento de configurar este tipo de medidas compensatorias, es necesario un escrutinio especialmente estricto a fin de soportar un *test de proporcionalidad* de la medida a aplicar.

De tal forma que, el trato desigual de hombres y mujeres debe ser estrictamente justificado y limitado, es decir, los efectos beneficiosos de la medida deben ser alcanzados sin perjudicar gravemente a los terceros excluidos del trato preferente en virtud de su género.²³

En esa lógica, la medida afirmativa que adopte el legislador deberá pasar un juicio de proporcionalidad. Por ejemplo, si está ordenado rescatar a un ahogado, y esto es posible de varias maneras: nadando, lanzándole un chaleco salvavidas o con ayuda de un bote; del deber de rescate, no se sigue que las tres medidas deban ser adoptadas simultáneamente. Dicho deber se satisface si el rescate se consigue mediante alguna de las tres alternativas.²⁴

Al igual que en el ejemplo anterior, las acciones afirmativas que buscan la equidad de género deben de pasar por un tamiz de constitucionalidad que arroje la medida más idónea, necesaria y proporcional, con la cual, además de obtener el propósito buscado de la manera más eficaz y precisa, también sea la menos invasiva y violatoria de derechos de terceros.

De esta forma, el *test* de proporcionalidad debe cumplir con la necesidad de legitimar la acción estatal. Esto es, determinar el peso y la medida de los instrumentos que lícitamente pueden utilizarse, para evitar así que el ciudadano se convierta en un mero objeto o destinatario de la intervención pública.

Entonces, el *test* de proporcionalidad está referido a la ponderación. Implica que debe existir proporcionalidad entre dos pesos o intensidades; de un lado, aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida examinada que limita un derecho fundamental; y, de otro lado, aquel que

²³ GIMÉNEZ, David, *op cit.*, nota 1, p. 76.

²⁴ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2ª Ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 522.

²⁵ Universidad Inca Garcilaso de la Vega Diplomado Internacional en Derecho Procesal Constitucional, El Test de Proporcionalidad Profesor José Luis Silvestre Cortez, [en línea], fecha de consulta 8 de enero de 2014, disponible en: <http://www.slideshare.net/diebrun940/proporcionalidad-upigv>

radica en la afectación del derecho fundamental de que se trate. El primero debe ser, por lo menos, justificado con relación a la segunda.²⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que para que la aplicación del *test* sea adecuada corresponde utilizar los tres subprincipios que lo integran: idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Al respecto, la *idoneidad* se refiere a que sea apta para conseguir el fin pretendido y tener probabilidades de eficacia en el caso concreto, por lo que se debe limitar a lo objetivamente necesario. El criterio de *necesidad* o de intervención mínima, se basa en la elección de aquellas medidas que afecten en menor grado los derechos fundamentales de las personas relacionadas con los hechos denunciados. Finalmente, el criterio de *proporcionalidad*, se relaciona con la ponderación que lleve a cabo la autoridad sobre si el sacrificio de los intereses individuales de un particular guarda una relación razonable con lo que se investiga.²⁶

Con base en los subprincipios antes referidos, las acciones afirmativas deben ser diseñadas atendiendo a políticas que impliquen acciones o intervenciones estatales, cuya medida, resulte idónea porque se ajuste al logro del objetivo legítimamente perseguido, siendo que no exista otra medida menos invasiva que lleve al mismo fin. Asimismo la necesidad de la medida debe justificarse en el interés público imperativo de ampliar y mejorar, a la brevedad posible en todos los ámbitos de nuestra sociedad, la participación de las mujeres en los distintos campos de los que históricamente ha sido relegada. Finalmente, los perjuicios ocasionados por el trato diferenciado no deben ser desproporcionados con respecto a los objetivos perseguidos.

Una acción afirmativa que no soporte el *test* de proporcionalidad no reduciría el margen de discrecionalidad de las actuaciones gubernamentales y atentaría severamente en contra de la delimitación del contenido de los derechos fundamentales.

²⁶ Jurisprudencia 62/2002, consultable en la Compilación 1997-2012 Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, volumen 1, pp. 501-502, rubro: Procedimiento administrativo sancionador electoral. Debe realizarse conforme a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Por tanto, toda intervención en el disfrute de los derechos que conlleve un sacrificio o limitante en su ejercicio, tiene que estar justificada y ser proporcional a la necesidad de preservar otro derecho igualmente importante.

En ese sentido, las acciones afirmativas que sufran una derrotabilidad en la argumentación del *test* de proporcionalidad, no podrán ser consideradas constitucionales y, por el contrario, serán violatorias de derechos fundamentales.

Al respecto, siendo críticos en el caso de la *Convocatoria al concurso público 2013-2014 para ocupar cargos y puestos del Servicio Profesional Electoral del Instituto Federal Electoral, como medida compensatoria especial de carácter temporal para garantizar plazas solamente a mujeres*, podríamos llegar a la conclusión de que dicha acción afirmativa no resiste el *test* de proporcionalidad. Aquí las razones:

Una acción afirmativa (que atenta contra la igualdad formal de trato entre hombres y mujeres) sólo se justifica si respeta el principio de proporcionalidad, esto es, si con esa medida se remueven los obstáculos de hecho que se oponen a la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

En el caso de la convocatoria para ocupar puestos del Instituto Federal Electoral que reserva las plazas únicamente a las mujeres, la medida discriminatoria sólo tiende a eliminar la subrepresentación de la mujer frente al hombre, pero de forma alguna elimina los obstáculos que provocan esa discriminación.

Dicho de otra manera, es tanto como dar un paliativo al enfermo de cáncer terminal, entendiendo como medicina paliativa aquella que tiende a lograr la máxima calidad de vida en los pacientes terminales, sin intentar acortar ni alargar la vida, procurando el alivio del dolor y otros síntomas.

El ejemplo antes usado, podría equipararse a la acción afirmativa empleada por el Instituto Federal Electoral, en tanto que, la medida en cuestión no

promueve la verdadera igualdad de la mujer, sino una simple igualdad numérica o estadística que no es otra cosa que una igualdad formal.

Lo que se necesita para contrarrestar la desigualdad material es un cambio estructural en el modelo económico, social y cultural que está en el origen de la disparidad, cambio que no se realiza ciertamente con cifras o luchas intelectuales ya desfasadas.²⁷

En ese estado de cosas, si se sometiera a una fuerte y severa crítica el acuerdo del Consejo General del Instituto Federal Electoral CG224/2013²⁸ *relativo a la convocatoria al concurso público 2013-2014 para ocupar cargos y puestos del Servicio Profesional Electoral del Instituto Federal Electoral, como medida compensatoria especial de carácter temporal para garantizar plazas solamente a mujeres*, quizá se podría llegar a la conclusión de que no soporta un *test* de proporcionalidad, dado que, la medida no resulta idónea, necesaria y proporcional, al existir otros medios e instrumentos para obtener una auténtica participación de las mujeres en la integración del Instituto Federal Electoral sin lesionar el derecho de los hombres a participar en las convocatorias públicas que emite el Instituto para formar parte del Servicio Profesional Electoral.

4. Sí a las acciones afirmativas en la igualdad de oportunidades de partida; pero no a la igualdad de oportunidades de llegada

Otra crítica que reciben las acciones afirmativas es que a menudo se usan no sólo para equilibrar oportunidades de partida entre hombres y mujeres, sino que también son utilizadas para garantizar que el derecho o el bien escaso sea asignado directamente a la mujer, por el sólo hecho de pertenecer a ese colectivo marginado, sin tomar en consideración las condiciones particulares y especiales de cada caso concreto. Es decir, omitiendo una ponderación entre los atributos finales que pudieran tener

²⁷ ATIENZA, Manuel, "Un Comentario al Caso Kalanke", aparece en las colecciones: *Revistas DOXA*, 1996, núm. 19, [en línea], fecha de consulta 8 de enero 2014, disponible en: <http://hdl.handle.net/10045/10466>

²⁸ Convocatoria, [en línea], fecha de consulta 8 de enero 2014, disponible en: <http://www.ife.org.mx/docs/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2013/Agosto/CGord201308-29/CGo290813ap18.pdf>

la mujer y el hombre en particular, cuando ambos comenzaron la competencia en condiciones de igualdad.

En párrafos anteriores se explicó que Bobbio y Rawls coinciden en que frente a las desigualdades sociales, físicas, naturales, económicas, etc, el gobierno debe intervenir de manera severa a fin de garantizar un piso mínimo en las oportunidades de salida, frente a la competencia de bienes escasos, pero ninguno de los dos autores se pronuncia sobre la validez de que el Estado también garantice acciones afirmativas de llegada.

Al respecto, cabe preguntar, ¿La igualdad de oportunidades significa igualdad únicamente en los puntos de partida o también en los puntos de llegada?

María Vittoria Ballestrero sostiene que la igualdad en los puntos de partida no agota el significado de igualdad de oportunidades. Igualdad de oportunidades significa, entre otras cosas, también la posibilidad para los miembros de un grupo desaventajado (el género femenino, en este caso) de competir con armas parejas con quienes pertenecen a un grupo aventajado. Dar *oportunidades* iguales significa entonces y, sobre todo, poner a quienes pertenecen a un grupo desaventajado en condiciones de obtener un resultado igual. El primer significado de igualdad de oportunidades es, por tanto, el restablecimiento de condiciones de paridad en los puntos de partida entre los pertenecientes a los dos sexos. La sola paridad en los puntos de partida, sin embargo, no garantiza por sí iguales resultados.²⁹

En contraposición de la postura antes citada, también convive la idea opuesta de que la igualdad de oportunidades solamente se debe entender *como igualdad en los puntos de partida*, en tanto que, las acciones afirmativas *-al constituir una excepción al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres-* y puesto que se trata de una derogación al derecho individual de igualdad consagrado en el artículo 4 de la

²⁹ BALLESTRERO, María, "Acciones positivas. Punto y Aparte", aparece en las colecciones: *Revistas DOXA*, 1996, núm. 19, [en línea], fecha de consulta 8 de enero de 2013, disponible en: <http://hdl.handle.net/10045/10465>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se deben interpretar restrictivamente.

Esto es, a fin de que una excepción al principio de igualdad sea razonable, objetiva y no se torne en una diferencia arbitraria que redunde en detrimento de los derechos humanos, se debe ser cauteloso de los alcances y límites que se le dé a la excepción a dicho principio en las acciones afirmativas.

De tal suerte que una acción afirmativa que se interprete en el sentido de igualdad de oportunidades de partida y de llegada puede tener un efecto discriminatorio excesivo si no se toman en consideración las circunstancias particulares de las personas a las que se aplique.

Interpretar acciones afirmativas como el derecho de las mujeres a una igualdad de oportunidades de llegada, podría llegar al extremo de violar derechos humanos de manera irracional, desproporcional y, desde luego, injustificadamente.

Esto es, lo que de origen parecería una buena idea, se convertiría en un abuso del derecho,³⁰ lo que implicaría hacer emerger la ilicitud de la lesión de un interés por parte del titular de un derecho o de un poder que actúa en aparente conformidad con una regla de derecho.

Al respecto vale la pena señalar que Robert Alexy al tratar sobre *-el papel conjunto de reglas y principios-* ha sostenido que los principios pueden ser satisfechos "en diversos grados", las reglas, en cambio, gracias a una diferencia cualitativa son normas que sencillamente se cumplen o se incumplen. Sentado lo anterior, según el autor referido, las reglas son susceptibles de sufrir una particular excepción y no ser aplicadas en un caso específico, esto precisamente sobre la base de un principio; y este tipo de derogaciones no pueden ser *a priori* cuantificadas con certeza.³¹

³⁰ PALOMBELLA, Gianluigi, "El Abuso del Derecho, del Poder y del Rule of Law", aparece en las colecciones: *Revistas DOXA*, 2006, núm. 29, [en línea], fecha de consulta 8 de enero de 2013, disponible en: <http://hdl.handle.net/10045/9955>

³¹ *Ibid.*

Trasladado lo anterior al tema que nos concierne, podemos afirmar que la *igualdad* (como principio) puede ser satisfecha en diversos grados. Pero la *regla de trato igualitario entre hombres y mujeres* puede tener excepciones, siempre que estas excepciones sean con el propósito de cumplir con un principio, en este caso el de *igualdad*.

De esta manera, la regla de "trato igualitario de hombres y mujeres" tiene una excepción al permitir acciones afirmativas que discriminen al hombre pero que *-a su vez-* tiendan a buscar una igualdad material de hombres y mujeres.

Esa excepción a la regla de trato igualitario *-según Alexy-* estaría permitida en tanto que, tiene el propósito de cumplir de mejor manera con el *principio de igualdad*.

Empero, sobre esa misma línea discursiva, sería inadmisibles que las acciones afirmativas se interpreten como una *igualdad de oportunidades de llegada*, puesto que ahí se rompe con el propósito de la excepción a la *regla de igualdad de trato de hombres y mujeres*, en tanto que, sería imposible que el resultado de esa interpretación garantizara el *principio de igualdad*.

Por ejemplo, imaginemos una norma que previera la regla de paridad de género en los cargos de elección popular, esto es, que el 50% de los puestos los ocupen mujeres y el otro tanto los hombres. Tal previsión constituiría una acción afirmativa de igualdad de oportunidades de llegada, la cual, podría resultar desproporcional y violatoria de derechos de terceros.

Ello porque, la regla antes referida implicaría no sólo que se diera la oportunidad de paridad de género en la postulación de cargos de elección popular (*la cual sería justificable para incentivar la participación del género subrepresentado*); sino que, además tendría el efecto de que, en caso de que los resultados electorales arrojaran una sobrerrepresentación de uno de los dos géneros, estaría autorizado a la autoridad administrativa

electoral, reasignar los cargos votados a fin de garantizar que existiera una representación de 50% de un género y 50% de otro.

Si bien en el referido ejemplo, se garantizaría que el colectivo discriminado llegara a la representación deseada, tales resultados serían consecuencia de la violación de un derecho tan importante como el que tiene la ciudadanía a ser gobernado por ciudadanos electos popularmente mediante el voto universal, secreto y directo.

Una acción afirmativa de igualdad de oportunidades de llegada, como la ejemplificada en los párrafos anteriores, implicaría la violación de la autenticidad del sufragio, a fin de garantizar una regla paritaria en la integración de los cargos de elección popular.

Dicha regla de *igualdad de oportunidades de llegada* sería totalmente inadmisibles y generaría un desequilibrio a la concepción misma del principio de igualdad. De modo que se debe ser mesurado al momento de analizar las acciones afirmativas sobre todo cuando el sentido de la misma no sólo trae inmersa la idea de igualdad de oportunidades de partida sino también las de llegada.

IV. Conclusiones

La discriminación surgida por razones de género ha llevado a transitar de un modelo de protección de la igualdad formal o de igualdad de trato ante la ley, a un modelo social de derecho que intenta alcanzar la igualdad material entre hombres y mujeres.

El tránsito de igualdad formal a igualdad material derivó de la preocupación surgida por las diferencias de hecho que han originado resabios en la distribución de los bienes escasos, asignando derechos y bienes a las clases más aventajadas.

Para revertir estos fenómenos históricos de marginación al colectivo menos aventajado, es necesario implementar medidas de intervención estatal que

garanticen la remoción de obstáculos que han impedido el pleno desarrollo de derechos de los grupos marginados.

No obstante la necesidad de incorporar medidas gubernamentales compensatorias, se tienen serias dudas sobre si la remoción de los obstáculos necesariamente se logra con acciones afirmativas de cuotas de género. Ello porque, de la incorporación de este tipo de acciones, no se sigue que el efecto inmediato o paulatino sea la reversión de la discriminación o violencia en contra de la mujer.

Esto es, la incorporación de cuotas podría arrojar una clara evidencia de representatividad numérica o estadística de algunas mujeres en ciertos puestos, cargos o comisiones, pero no demuestra una reversión en la discriminación causada por las estructuras, prejuicios o estigmas sociales que existen en contra del colectivo marginado.

De modo que, sin estar en contra de las acciones afirmativas, en la presente publicación se advierte sobre algunas consecuencias negativas que conlleva su implementación, así como los altos costos que se tienen que pagar por su ejecución.

Es necesario aclarar que esta investigación no tiene el propósito de emitir una opinión condenatoria o contraria a la equidad de género, sino sólo señalar algunos efectos que tienen las acciones afirmativas, así como apuntar sobre la ponderación entre los resultados que pudieran obtenerse con estas medidas y las repercusiones que conlleva la aplicación de las mismas. Al respecto, en la publicación se expusieron cuatro líneas argumentativas que sugieren distintas consecuencias de las acciones afirmativas. A partir de esas consideraciones la investigación sostiene que las acciones afirmativas generan lesiones colaterales importantes que no sabremos qué repercusión futura puedan tener con el tiempo.

Ello porque, surge la duda de si es posible tutelar un derecho humano a través de violar otro derecho humano. Y es que si empezamos a justificar violaciones de derechos de terceros con el propósito de compensar las

discriminaciones sufridas por un colectivo relegado, en un futuro podríamos perder la línea que divide lo justo de lo arbitrario y podríamos generar lesiones a la dignidad humana, bajo la justificación de proteger el derecho de un colectivo relegado.

Perder esa línea divisoria entre el sacrificio de unos derechos a fin de proteger otros de igual jerarquía resulta riesgoso, en tanto que, con el propósito de garantizar valores que para un colectivo son importantes, otra parte de la sociedad podría verse severamente afectada.

Luego, podríamos transitar a un modelo, en donde se coloque en un mayor grado, en la escala de valores, algún otro derecho que le interese al Estado tutelar, que no necesariamente le interese proteger al grueso de la población, pero sí sea prioritario para los intereses de la clase que se encuentre representada en el poder, situación que llevaría sacrificar el derecho de las clases no representadas.

Por ello, a fin de examinar si vale la pena pagar los costos de una medida discriminatoria que va en contra de la igualdad formal, a fin de obtener la representatividad del género tradicionalmente relegado, el presente escrito propone someter las acciones afirmativas a un *test* de proporcionalidad. Para ello también es importante, que el *test* de proporcionalidad arroje la idoneidad de la medida a fin de conocer si la acción afirmativa es la correcta y no hay otra forma menos invasiva y violatoria de derechos de terceros, por virtud de la cual, se pueda llegar al resultado deseado.

Al respecto, sería conveniente voltear a ver la viabilidad de *implementar políticas estructurales de inclusión progresiva*, en lugar del sistema de cuotas. Ello porque mientras que las primeras, podrían generar cambios ideológicos en la sociedad y, con ello terminar con la discriminación existente; el sistema de cuotas pareciera que solamente generan una representación numérica o estadística del grupo subrepresentado.

Por lo general, los resultados tangibles, directos e inmediatos que ofrecen las acciones afirmativas, se traducen en cambios en las estadísticas sobre

cuántas mujeres están en cargos públicos o en puestos directivos de la iniciativa privada, o qué porcentaje de representación tienen las mujeres en un determinado sector.

Sobre la representación numérica o estadística que podría generar el sistema de cuotas, es necesario señalar que no es suficiente un dato estadístico de representatividad del colectivo relegado, para demostrar que se está erradicando la discriminación o violencia en contra de las mujeres.

El hecho de que los números indiquen un cambio en la representatividad paritaria de la mujer y el hombre en los cargos públicos, no son evidencia suficiente que nos demuestre que se está erradicando o modificando el trato discriminatorio que sufre día a día la mujer en su trabajo, en el transporte público, en la vida familiar, en una relación de pareja, o la discriminación que sufre una niña en su escuela, etc.

La representatividad paritaria que logra la acción afirmativa, por el contrario, solamente nos muestra números sobre el porcentaje de mujeres en un órgano o institución, pero ello no revela que la calidad de vida de la mujer ordinaria ha cambiado y ahora tiene mayores oportunidades que antes.

Dicho de otra manera, el hecho de que un determinado porcentaje de mujeres estén representadas en un sector, no necesariamente nos indica que el resto de la población esté siendo menos discriminada, maltratada o sufra menos violencia en su casa, trabajo o círculo social. Esto es, no hay una relación causal que permita concluir que, a mayor representatividad de la mujer en cargos públicos, menor discriminación de la mujer ordinaria en su vida cotidiana.

Contrario a las acciones afirmativas, la *política estructural de inclusión progresiva* permea directamente sobre la base de la población que se detecta como relegada o discriminada, puesto que, estas políticas son de aplicación focalizada, detectan necesidades individuales, las agrupa de

manera sectorizada y las atiende a partir de las condiciones particulares y especiales de cada sector.

Aunado a lo anterior, este tipo de políticas revisan y evalúan la ejecución y efectos de las mismas a fin de conocer la eficacia de sus resultados y, con ello, poder determinar si han generado cambios o modificaciones en los estigmas, prejuicios y discriminación que sufre el colectivo menos aventajado.

La propuesta de *políticas de inclusión progresiva*, permite atender necesidades individuales y dejar de tratar los problemas como un colectivo. De modo que políticas como subsidios, becas, reducción de tasas impositivas, concesiones de tiempos laborales, ayuda a madres solteras, educación profesional y focalizada, programas de empoderamiento económico, entre otras medidas, podrían resultar más eficaces y menos invasivas que la incorporación de una acción afirmativa de cuota de género. De esta manera, se podría lograr equilibrar las desventajas y eliminar los obstáculos que constantemente padece la mujer ordinaria en la vida cotidiana.

En otro orden de ideas, no debemos soslayar que el trato diferenciado de las acciones afirmativas, se aparta totalmente del sistema meritocrático. El problema de rechazar la meritocracia es que la asignación de los bienes y derechos, se hace sin tomar en consideración las condiciones individuales, méritos personales, capacidades y experiencia de las mujeres en la competencia por la distribución de bienes, lo cual podría resultar discriminante y violatorio de la dignidad humana, pues desconoce totalmente los atributos que pueda tener una mujer en lo individual y, por el contrario, la asignación del bien escaso dependería exclusiva y totalmente de la pertenencia al colectivo tradicionalmente discriminado.

Desconocer las capacidades y experiencia de la mujer en lo individual, revela una renuencia social a reconocer la formación, preparación e instrucción que destaca a una mujer sobre cualquier otra persona. Es decir, se trata a la mujer como un sujeto vulnerable que necesita una excesiva

protección paternalista, lo cual atenta en contra la dignidad misma al no ser capaz de reconocerles los atributos propios.

En ese sentido, a fin de revertir esas tendencias nocivas que han relegado el pleno desarrollo del género discriminado, es necesario adoptar medidas estructurales y de fondo que permitan obtener cambios en la sociedad a fin de lograr revertir los prejuicios y estigmas que obstaculizan el logro de una igualdad real entre mujeres y hombres.

Si se opta por adoptar acciones afirmativas, como instrumento de reversión de viejas estructuras discriminatorias, debemos ser conscientes de los efectos colaterales que no pueden desasociarse de su aplicación. Incluso, como se ha desarrollado, se sugiere que las acciones afirmativas solo han arrojado resultados cuantitativos sobre la representación de la mujer en ciertos sectores.

Por ello dada la carencia de datos cualitativos que demuestren que este tipo de medidas han generado un cambio o reversión en la discriminación de la mujer, la publicación propone sostener que estas acciones resultan ser un remedio paradójico, puesto que, por una parte ayudan a fortalecer la representación numérica de la mujer en cargos públicos pero, por otra parte, tiene efectos lesivos en los derechos fundamentales de terceros.

Aunado a ello, pasaran algunos años antes de saber si los resultados generarán un verdadero cambio en los estigmas y prejuicios que la estructura social ha forjado en las reglas de convivencia de mujeres y hombres.

Por todo lo anterior, si ya conocemos la problemática del colectivo discriminado, es necesario atender de fondo las necesidades mediante la incorporación complementaria de *políticas progresivas de inclusión* de la mujer y no quedarse solamente con la aplicación de acciones afirmativas que podrían constituir un *make up* para aparentar atender una necesidad existente de manera superficial, sin apoyar esas medidas con políticas estructurales de cambio.

V. Fuentes de consulta

Bibliográficas

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2ª Ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1993.

FERRER, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

GIMÉNEZ, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Valencia, Tirant Monografías, 1999.

RAZ, Joseph, *The Rule of Law and Its Virtue, The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979.

RIBOTTA, Silvina, John Rawls, *Sobre (des)igualdad y justicia*, Madrid, Dykison, 2009.

SANTIAGO, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, UNAM, 2007.

VOGEL-POLSKY, Eliane, *Las acciones positivas y los obstáculos constitucionales y legislativos que dificultan su realización en los estados miembros del Consejo de Europa*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, 1987.

Hemerográficas

CARMONA CUENCA, Encarna, "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 84, 1994.

Electrónicas

Acuerdo CG327/2011. Acuerdo del Consejo General del Instituto Federal Electoral por el que se indican los criterios aplicables para el registro de candidaturas a los distintos cargos de elección popular que presenten los partidos políticos y, en su caso, las coaliciones ante los consejos del instituto, para el proceso electoral federal 2011-2012, [en línea], disponible en: www.ife.org.mx

Acuerdo CG224/2013. Acuerdo del Consejo General del Instituto Federal Electoral por el que se aprueban, a propuesta de la Junta General Ejecutiva, los lineamientos del concurso público 2013–2014 para ocupar cargos y

puestos del servicio profesional electoral del Instituto Federal Electoral, como medida especial de carácter temporal, [en línea], disponible en www.ife.org.mx

ATIENZA, Manuel, "*Un Comentario al Caso Kalanke*", aparece en las colecciones: *Revistas DOXA*, 1996, núm. 19, [en línea], fecha de consulta 8 de enero de 2013, disponible en: <http://hdl.handle.net/10045/10466>

BALLESTRERO, María, "*Acciones positivas. Punto y Aparte*", aparece en las colecciones: *Revistas DOXA*, 1996, núm. 19, [en línea], fecha de consulta 8 de enero de 2013, disponible en: <http://hdl.handle.net/10045/10465>

PALOMBELLA, Gianluigi, "*El Abuso del Derecho, del Poder y del Rule of Law*", Aparece en las colecciones: *Revistas DOXA*, 2006, núm. 29, [en línea], fecha de consulta 8 de enero de 2013, disponible en: <http://hdl.handle.net/10045/9955>

Sentencias de Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación identificadas con las claves SUP-JDC-281/2010, SUP-JDC-12624/2011 y SUP-JDC-1080/2013, [en línea], disponible en: www.te.gob.mx

Universidad Inca Garcilaso de la Vega Diplomado Internacional en Derecho Procesal Constitucional, El Test de Proporcionalidad Profesor José Luis Silvestre Cortez, [en línea], fecha de consulta 8 de enero de 2014, disponible en: <http://www.slideshare.net/diebrun940/proporcionalidad-upigv>

Otra fuente

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

AUDITORIA ABIERTA. ALIANZA PARA EL GOBIERNO ABIERTO

*Jesús Manuel Esparza Flores**

SUMARIO: I. Gobierno Abierto / Auditoría Abierta; II. Antecedentes internacionales; III. Antecedentes nacionales; IV. Gobierno subnacional: Chihuahua; V. Auditoría Abierta; 1. Consulta de informes; 2. Calificaciones del Índice de Rendición de Cuentas; 3. Sistema de Información de la Sociedad Civil; 4. Auditoría en tiempo real; 5. Auditoría ciudadana; 6. Registro de la deuda pública del Estado; 7. Datos abiertos; 8. Acciones de responsabilidad; VI. ¿Porqué Gobierno Abierto?; VII. ¿Qué es la Auditoría Superior del Estado?

* Contador Público y Auditor, Profesor de Educación Primaria, licenciado en Administración de Empresa, egresado de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Cuenta con la Certificación Profesional, avalado por el Instituto Mexicano de Contadores Públicos A.C., Secretario de la Asociación Nacional de Organismos de Fiscalización Superior; Socio Fundador y Presidente del Instituto y Colegio de Contadores Públicos de Chihuahua Delegación Parral; Director Administrativo H. Cámara de Diputados. México, DF 2008-2009; Tesorero Junta Central de Agua y Saneamiento del Estado de Chihuahua; Actualmente es el Auditor Superior en la Auditoría Superior del Estado de Chihuahua desde diciembre del 2011.

Recibido: 14 de enero de 2015
Aceptado: 15 de enero de 2015

Resumen:

Gobierno Abierto se presenta como un nuevo modelo de gobernanza, el cual se basa en cuatro principios: transparencia, rendición de cuentas, participación ciudadana e innovación tecnológica, enfocando los esfuerzos para que los gobiernos sean más eficientes y que puedan brindar un desarrollo económico inclusivo a la población.

La Auditoría Superior del Estado adoptando estos principios, crea el concepto de Auditoría Abierta el cual se describe ampliamente en este artículo.

Palabras clave: gobierno, transparencia, auditoría, tecnología, rendición de cuentas, eficiente, participación ciudadana.

Abstract:

An open Government is presented as a new governance model, which is based on four principles.: transparency, accountability, citizenship participation and technological innovation, focusing efforts to make government more efficiency and could provide an inclusive economic development to the population.

The Supreme Audit State Office (Auditoría Superior del Estado) adopting these principles, creates the concept of Open Audit which is widely described in this article.

Key words: government, transparency, audit, technology, accountability, efficiency, citizenship participation.

I. Gobierno Abierto / Auditoría Abierta

Gobierno Abierto es la doctrina política que sostiene que los temas de gobierno y administración pública deben ser abiertos a todos los niveles posibles en cuanto a transparencia, esto debe ir unido a la creación de espacios permanentes de participación y colaboración ciudadana.

Un Gobierno Abierto asume el compromiso de garantizar que la administración y operación de todos los servicios públicos que el Estado brinda puedan ser supervisados por los ciudadanos, y que estos, puedan participar en las decisiones de gobierno y colaborar con la administración en la búsqueda de soluciones a los problemas públicos, canalizando el potencial innovador de la gente y las organizaciones civiles para el beneficio de la comunidad.

De la misma forma, promueve una constante conversación con los ciudadanos con el fin de: escuchar lo que ellos dicen y solicitan; tomar decisiones basadas en sus necesidades y preferencias, y; facilitar la colaboración de los ciudadanos y funcionarios en el desarrollo de los servicios.

Para considerarse un Gobierno Abierto es necesario que se conjunten una serie de cambios pero el principal es en el ámbito cultural, es primordial entender que el objetivo principal de la administración pública es servir a los ciudadanos, poniendo al ciudadano como eje central de la gestión. En la mayoría de los casos eso conlleva a un replanteamiento de la manera de hacer las cosas pero sobretudo de la actitud que deben tener los servidores públicos.

II. Antecedentes internacionales

La Alianza para el Gobierno Abierto nace el 20 de septiembre de 2011, conformada por nueve países: México, Brasil, Estados Unidos, Filipinas, Indonesia, Noruega, Reino Unido, Sudáfrica y Tanzania; como una iniciativa multilateral de la ONU, en donde actualmente los gobiernos de 63 países

miembros trabajan en conjunto con la sociedad civil para promover la participación ciudadana, incrementar la transparencia, combatir la corrupción, y usar la tecnología, como habilitador de esta apertura.

Actualmente, los gobiernos de sesenta y tres países tales como: Estados Unidos, Francia, Reino Unido, Canadá y Brasil, unen sus esfuerzos en esta alianza, presidida por nuestro país.

La finalidad de la alianza es impulsar y promover el Gobierno Abierto, que establece cuatro principios fundamentales:



III. Antecedentes nacionales

Gobierno centrado en la ciudadanía	Presupuesto abierto y participativo	Datos abiertos para el desarrollo	Empoderación y participación ciudadana	Gobernanza de recursos naturales

En México la presidencia de la República, a través del Plan de Acción 2013-2015 formuló líneas de acción bajo cinco grandes objetivos para

promover la transparencia y rendición de cuentas, y consolidar un México abierto:

El Plan de Acción 2013-2015 es el resultado de un proceso abierto y colaborativo entre organizaciones de la sociedad civil, academia, empresarios, expertos y funcionarios públicos. De esta forma, el Plan contiene los 26 compromisos que el Gobierno Mexicano asume como parte de la Alianza.¹

IV. Gobierno subnacional: Chihuahua

Chihuahua no podía permanecer ajeno a los esfuerzos realizados en esta materia por parte del ejecutivo federal, por lo que alineado al Eje V del Plan Estatal de Desarrollo 2010-2016, en lo referente a transparencia y rendición de cuentas; nos hemos dado a la tarea de sentar las bases de un Gobierno Abierto y de participación ciudadana en nuestra entidad, con el lanzamiento del Plan Estratégico para el Fortalecimiento de la Transparencia y la Rendición de Cuentas para el Estado de Chihuahua 2014-2016; que cuenta con la participación del Poder Ejecutivo a través de la Secretaría de la Contraloría; el Poder Legislativo, por conducto de la Auditoría Superior del Estado, así como del Instituto Chihuahuense para la Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Este Plan Estratégico cuenta con 3 Ejes: *Gobierno Abierto, Gobierno incluyente y fortalecimiento de transparencia, rendición de cuentas y fiscalización.*

De estos ejes se derivan acciones específicas para dar cumplimiento al Plan, donde la Auditoría Superior del Estado participa activamente y siguiendo los principios de Gobierno Abierto crea la "Auditoría Abierta" que es un conjunto de acciones encaminadas a transparentar el quehacer de la auditoría fomentando y empoderando la participación ciudadana, a través de la innovación tecnológica.

¹ Disponible en: <http://tablero.gobabiertomx.org/>

V. Auditoría Abierta



1. Consulta de informes

En este apartado tiene como finalidad que la ciudadanía pueda descargar y revisar todos los diferentes tipos de informes técnicos de resultados que se presentan al H. Congreso del Estado. Se puede realizar búsquedas por diferentes tipos de filtros como: año, tipo de ente (Ej. Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Organismos Autónomos, Municipios y sus

descentralizados), tipo de auditoría (Ej. forense, legalidad, financiera, ambiental, gestión, obra y tecnologías de la información) y tipo de informe.

Tipos de informes:

Informe técnico de resultados: Es el documento que contiene el resultado de la auditoría practicadas a los entes fiscalizables, derivada de la presentación de la cuenta pública o estados financieros.

Informe especial: Es el documento que contiene los resultados de la revisión ordenada por el H. Congreso del Estado que no están dentro del Programa Anual de Auditoría.

Informe de acciones de fiscalización: Es un procedimiento de revisión no presencial, que amplía la acción fiscalizadora ágil y sencillamente, mediante la emisión de requerimientos de información y documentación financiera y de gestión, para la elaboración de un análisis sumario y comentarios que permitan establecer un criterio sobre aspectos administrativos y operativos esenciales, para que, de considerarse conveniente, el H. Congreso del Estado solicite la ampliación de los procedimientos con la finalidad de rendir un informe técnico de resultados.²

2. Calificaciones del Índice de Rendición de Cuentas

Con el propósito de fomentar los procesos de rendición de cuentas y transparencia en la administración de los fondos públicos que le son confiados a las Autoridades Municipales y Estatales, la Auditoría Superior del Estado establece un mecanismo de medición y evaluación en el cumplimiento de la obligación legal de entregar la cuenta pública y demás información relacionada denominado "Índice de Rendición de Cuentas", el cual establece los lineamientos básicos para su integración y presentación documental bajo los parámetros de calidad en el contenido e integración de la cuenta pública y el cumplimiento dentro del plazo legal establecido.

² Ver <https://www.youtube.com/watch?v=aRh2NdsVHGo>

En esta sección se presenta un historial de calificaciones trimestre a trimestre de todos los entes que entregan cuenta pública en forma de semáforo y versión mapa.

3. Sistema de Información de la Sociedad Civil

En este apartado se visualiza la información tanto de calificaciones como de informes técnicos de resultados de las Organizaciones de la Sociedad Civil que se derivan del Sistema de Información de las Organizaciones de la Sociedad Civil, por sus siglas (OSC) que es una herramienta informática innovadora, que facilita el cumplimiento de la obligación constitucional de rendir cuentas a la sociedad por parte de cualquier persona física o moral que recaude, administre o maneje recursos públicos.

Aquí se puede hacer búsqueda por múltiples filtros como: Organización civil, año, informe, fecha de revisión, fecha de decreto, estatus y decreto.

4. Auditoría en tiempo real

Auditoría en tiempo real, es un sistema informático en el que, el ciudadano puede visualizar y tener conocimiento en donde se encuentra la Auditoría Superior del Estado de Chihuahua, en el momento exacto que se está auditando a los entes fiscalizables, describiendo lo que se está realizando, a través de una ficha técnica, con los datos más relevantes como: costo de la obra-licitación, tipo de recursos que se ejercieron, etc.; por otro lado, se hace una georreferenciación con la herramienta Google Maps, para mostrar la ubicación exacta y además, se cuenta con una galería fotográfica.³

Se da un espacio muy importante para la denuncia ciudadana, donde cualquier persona puede enviar sus comentarios, observaciones del propio ente auditado, obra y/o proceso de licitación, donde se puede anexar archivos de cualquier tipo como fotografías, audio y/o video.

³ Ver <https://www.youtube.com/watch?v=8NUcumSrKw>

Construcción de paso inferior en Ave. Independencia entre Paseo Bolívar y Ave. Niños Heroes
187 m3 de concreto en losas, 4.851 m2 de pintura en muros de contención, 28 luminarias, subestación 150 kva, 50 m3 de mezcla asfáltica, parapeño metálico y señalización.

Tipo de Auditoría	Auditoría de Obra
Tipo de Obra	Intersección
Estado	Chihuahua
Municipio	Chihuahua
Localidad	Chihuahua
Ubicación	Ciudad Juarez
Ejecutor de la Obra	Empresa Páramo
Resumen	- Resaca Estelar - Resaca - Páramo - Resaca Páramo
Monto Aprobado	\$ 88,206,416.00
Aplicado en el año 2014	\$ 8,278,362.14



303 633 683.00 en operación en el 2013
51,263,766.00 en operación a expensas.
*Los datos reflejados en esta ficha pueden estar modificados a consecuencia de los resultados de la auditoría practicada.

Denuncia Ciudadana

Si tiene algún comentario o denuncia, éste es el espacio

Subir Archivo:

Seleccionar archivo | Ningún archivo seleccionado

5. Auditoría ciudadana

La Auditoría ciudadana tiene como objetivo que el ciudadano se convierta en un participante activo en la selección de entes a revisar, mediante el envío de solicitudes de auditoría que una vez evaluadas por la ASE, se podrán ver reflejadas en el siguiente Programa Anual de Auditorías para su revisión.

Una solicitud de auditoría es una petición ciudadana para revisión de cualquier entidad que recibe, recauda, maneja o administre recursos públicos.

Una vez que se da de alta una solicitud de auditoría, se genera un folio, el cual se le puede dar seguimiento para conocer si se incorporó o no al Programa Anual de Auditoría.

El mejor auditor es el ciudadano, porque es el usuario final de los bienes y servicios que proporciona el gobierno.⁴

⁴ Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=190cQv5DyBs>

A screenshot of a web form for reporting public debt. The form includes fields for 'Entidad' (a text box with a placeholder), 'Municipio' (a dropdown menu), 'Área' (a text box with a placeholder), and 'Periodo' (two date pickers). Below these is a 'Motivo' field and a 'Datos Adjuntos' section with a file upload button. At the bottom, there are 'Nombre' and 'Correo' fields.

6. Registro de la deuda pública del Estado

La Auditoría Superior del Estado en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 37 de la Ley de Deuda Pública del Estado de Chihuahua, lleva a cabo un registro estatal de deuda pública, con el fin de estar en condiciones de ejercer un control de la aplicación de los recursos provenientes de las operaciones de crédito público de las entidades.

En este segmento se contemplan todas las operaciones de deuda pública estatal, municipal y las derivadas de contratos de proyectos de inversión pública a largo plazo, así como las obligaciones plurianuales contenidas en los mismos.

7. Datos abiertos

Como parte de la Política Nacional de Datos Abiertos creada con el objeto de generar innovación dentro y fuera de gobierno, centrada en promover el uso de los datos que permitan generar crecimiento económico, mejorar el análisis y diseño de políticas públicas, entre otros, es que se estructura un sitio de colaboración y fácil acceso, donde se pone a disposición información que puede ser utilizada por cualquier persona para múltiples fines.

Para que se considere que los datos son abiertos debe contar con las siguientes características:



8. Acciones de responsabilidad

En este apartado se presenta el seguimiento de las acciones de los sujetos de responsabilidad por los actos u omisiones que realicen derivados de sus funciones en la administración pública Estatal o Municipal, y en los poderes Legislativo y Judicial del Estado; lo anterior debido a que todo servidor público está obligado a salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficacia en el desempeño de su cargo, de lo contrario, pueden incurrir en responsabilidades de tipo penal, administrativa, oficial o civil.

En esta sección se puede ver los entes que tienen una responsabilidad de tipo administrativa, civil o penal, así como el estatus de las acciones (Ej. Presentada, investigada o en preparación) ante la instancia respectiva.

VI. ¿Porqué Gobierno Abierto?



VII. ¿Qué es la Auditoría Superior del Estado?

Es la Entidad de Fiscalización Superior Local del Estado de Chihuahua, creada como un órgano del H. Congreso del Estado de Chihuahua, dotado de autonomía técnica, presupuestal, orgánica, funcional, normativa y de gestión para el desempeño de sus funciones y tiene la competencia que le confieren la Constitución Política del Estado, la Ley de Auditoría Superior del Estado de Chihuahua y demás leyes aplicables; regida por los principios de posterioridad, anualidad, legalidad, igualdad, imparcialidad,

independencia, eficiencia, eficacia, veracidad, buena fe, honradez, transparencia, confiabilidad y reserva.

La fiscalización y revisión de la cuenta pública a nivel federal la realiza la Auditoría Superior de la Federación, mientras que en ámbito local (Entidades Federativas y Municipios), son 32 EFSL las responsables de llevar a cabo esa tarea, entre las que se encuentra la Auditoría Superior del Estado de Chihuahua.

		ÓRGANOS FACULTADOS EN MATERIA DE:	
		FISCALIZACIÓN	ÓRGANOS INTERNOS DE CONTROL
ÁMBITO DE COMPETENCIA	FEDERAL	AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN (ASF)	SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA (SFP)
	LOCAL	ENTIDADES DE FISCALIZACIÓN SUPERIOR LOCALES (EFSL)	CONTRALORÍAS LOCALES
	MUNICIPAL	NO APLICA	CONTRALORÍAS MUNICIPALES

Actualmente existen a nivel nacional, asociaciones que agrupan a las entidades de fiscalización superior y a los órganos internos de control, que son la Asociación Nacional de Organismos de Fiscalización Superior y Control Gubernamental, A.C. (ASOFIS) y la Comisión Permanente de Contralores, Estados – Federación (CPCEF), respectivamente.



En Chihuahua, la Auditoría Superior es responsable de revisar y fiscalizar a más de 600 entes públicos, conformados por:

- I. El Gobierno del Estado;
- II. Los Ayuntamientos;
- III. Los organismos que por disposición constitucional estén dotados de autonomía;
- IV. Los organismos públicos descentralizados, empresas de participación y fideicomisos de la administración pública estatal y/o municipal; y
- V. En general, cualquier persona física o moral, pública o privada, que reciba, maneje, recaude o administre recursos públicos.

CANDIDATURAS INDEPENDIENTES: ¿MÁS CIUDADANIZACIÓN EN LOS PROCESOS ELECTORALES?

*Cecilia Sarabia Rios **

SUMARIO: I. Las candidaturas independientes en México; II. La apuesta por las candidaturas independientes en México; III. Desafíos de las candidaturas independientes o hacia la mayor ciudadanía; IV. Reflexión final; V. Fuentes de consulta.

* Profesora investigadora del Departamento de Estudios de Administración Pública de El Colegio de la Frontera Norte en Ciudad Juárez, candidata del Sistema Nacional de Investigadores. Doctora en Gobierno y Administración Pública por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset en Madrid, España, Maestra en Estudios Humanísticos por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey y Licenciada en Ciencias de la Comunicación por la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Autónoma de Chihuahua. Su línea de investigación es: Democracia, procesos electorales y gobiernos locales. csarabia@colef.mx

Recibido: 04 de abril de 2014
Aceptado: 20 de octubre de 2014

Resumen:

El tema de las candidaturas independientes es uno de los elementos trascendentales de la reforma en materia política-electoral en México. La finalización del monopolio de los partidos políticos en las candidaturas se encamina a enfrentar la crisis del sistema político en materia de garantías para los derechos político-electorales y a fomentar mejores condiciones democráticas en el país.

Se prevé que el impulso de candidaturas independientes deberá incidir en una mayor participación e involucramiento de la ciudadanía, tanto en los procesos electorales como en la toma de decisiones en las instituciones públicas, por lo que resulta fundamental analizar el contexto en que se desarrolla la inclusión ciudadana y la legislación correspondiente.

Pero en este nuevo escenario para la participación política, además de la especificación de las calidades, condiciones, circunstancias y requisitos para las candidaturas, se debe considerar la posibilidad intrínseca hacia otra manera de participar en las elecciones y de acceso a la representación política, lo cual implica promover capacidades organizativas y sociales distintas a las convencionales.

Palabras clave: Candidaturas independientes, reforma política electoral, ciudadanización.

Abstract:

One of the most transcendental topics of the political reform in Mexico is the independent candidatures. The end of the monopolizing of political parties in the candidatures steers to affront the political system crisis, ensure the human political rights and fomenting best democratic conditions in the country.

The impulse of independent candidatures must to do more citizen participation, involvement citizen in electoral process, and provides the opportunity for take public decisions. Thus, in this case, is fundamental to analyze the inclusion context and the new regulation.

In the new scenario for the political participation, moreover of quality, conditions, circumstances and requirements, must to consider a paradigmatic change toward other form of electoral participation and to accede to the political representation that implies promote organizational capabilities and social capabilities different to the traditional forms.

Key words: independent candidatures, political electoral reform, citizen.

I. Las candidaturas independientes en México

En México, hasta hace muy poco el artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)¹ contemplaba el derecho al sufragio activo y pasivo de la ciudadanía, al mismo tiempo que el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE),² en el artículo 218, concedía la exclusividad de la postulación de las candidaturas a los partidos políticos.

Ante tal situación, las últimas tres reformas constitucionales en materia político electoral -de los años 2011, 2012 y 2014- han consolidado en la Constitución los derechos humanos y políticos de las personas y establecido las garantías para lograr su efectiva protección.

Con dichas reformas, que incluyen la regulación de dos figuras de justicia ciudadana: la consulta popular y la iniciativa ciudadana, se otorga al presidente de la República la facultad de iniciativa preferente; se modifican los supuestos para la designación de presidente interino o sustituto, y del titular provisional del Poder Ejecutivo; se señalan los casos para la Protesta Constitucional del presidente de la República; se incorpora el ordenamiento de que las constituciones y leyes locales garantizarán que en sus procesos electorales los ciudadanos podrán solicitar su registro como candidatos para poder ser votados en forma independiente a todos los cargos de elección popular.

Por otra parte se crea el Instituto Nacional Electoral, se incorpora la reelección consecutiva de senadores y diputados federales, diputados locales, presidentes municipales, regidores y síndicos, se dota de autonomía constitucional al Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, se modifica la fecha de inicio del cargo de presidente de la República, se faculta a las Cámaras del Congreso para ratificar a

¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Instituto Federal Electoral, 2010, p. 59.

² Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, México, Instituto Federal Electoral, 2008, p. 170.

determinados Secretarios de Estado y se crea la Fiscalía General de la República como órgano constitucional autónomo.³

Este conjunto de reformas político-electorales implicaron, a su vez, la modificación en varios artículos del COFIPE y otras disposiciones legales estatales en la materia, las cuales tienen que estar vigentes en mayo del 2014.

En el tema de candidaturas independientes, tres artículos incluidos en estas reformas constitucionales son trascendentales para tal fin; el 35, el 116 y el 122. A saber, en octubre del 2012 se reforman el párrafo primero y la fracción II del artículo 35, donde se incorpora legalmente la figura de "candidaturas independientes" al referirse como parte de los derechos del ciudadano:

II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho de solicitar el registro de candidatos ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos así como a los ciudadanos que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación;

Posteriormente, en diciembre del año 2013, se reforma el inciso e) y se adiciona el inciso o) de la fracción IV del artículo 116 para autorizar a los estados la regulación de las figuras de candidatos independientes:

Artículo 116º

...

I. a III. ...

IV. Las Constituciones y leyes de los Estados en materia electoral garantizarán que:

a) a d) ...

e) Los partidos políticos sólo se constituyan por ciudadanos sin intervención de organizaciones gremiales, o con objeto social

³ Cámara de Diputados, Sumarios de Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Cámara de diputados, LXII Legislatura, [en línea], fecha de consulta 25 de febrero de 2014, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/sumario.htm>.

diferente y sin que haya afiliación corporativa. Asimismo tengan reconocido el derecho para solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular, con excepción de lo dispuesto en el artículo 2º., apartado A, fracciones III y VII, de esta Constitución. f) a n) ...

o) Se fijen las bases y requisitos para que en las elecciones los ciudadanos soliciten su registro como candidatos para poder ser votados en forma independiente a todos los cargos de elección popular, en los términos del artículo 35 de esta Constitución.

V. a VII. ...

Igualmente el 27 de diciembre de 2013 se reformó el artículo 122 en su apartado C, base primera, fracción V, inciso f), para armonizarlo con el artículo 116 e incluir al Distrito Federal en la regulación estatal de las figuras de candidatos independientes, quedando como se enuncia:

Artículo 122º

...

...

...

...

...

A. y B. ...

C. ...

BASE PRIMERA. ...

I. a IV. ...

V. ...

a) al e) ...

f) Expedir las disposiciones que garanticen en el Distrito Federal elecciones libres y auténticas, mediante sufragio universal, libre, secreto y directo; sujetándose a las bases que establezca el Estatuto de Gobierno, las cuales cumplirán los principios y reglas establecidos en los incisos b) al o) de la fracción IV del artículo 116 de esta Constitución, para lo cual las referencias que los incisos j) al m) hacen a gobernador, diputados locales y ayuntamientos se asumirán,

respectivamente, para Jefe de Gobierno, diputados a la Asamblea Legislativa y Jefes Delegacionales;

g) al p) ...

BASE SEGUNDA a BASE QUINTA...

D. a H. ...

Más adelante, en febrero del 2014, el artículo 116 vuelve a sufrir otra reforma, esta vez en los párrafos segundo y tercero de la fracción II, el primer párrafo y los incisos a), b), c), d), h), j) y k) de la fracción IV, que aluden, de conformidad con las bases establecidas en la Constitución y las leyes generales en la materia, las Constituciones y leyes de los Estados en materia electoral, garanticen la legislación de las candidaturas independientes, al respecto en la fracción IV, inciso c) del citado artículo se enuncia:

k) Se regule el régimen aplicable a la postulación, registro, derechos y obligaciones de los candidatos independientes, garantizando su derecho al financiamiento público y al acceso a la radio y la televisión en los términos establecidos en esta Constitución y en las leyes correspondientes;

Pudiera deducirse que estas reformas, además de atender una ordenanza del ámbito internacional -producto de una demanda presentada por Jorge Castañeda Gutman ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por la violación a sus derechos políticos y de protección judicial (artículos 23 y 25 de la Convención)⁴- se encaminan a fomentar una mayor participación ciudadana y hacia una mejor representatividad política.

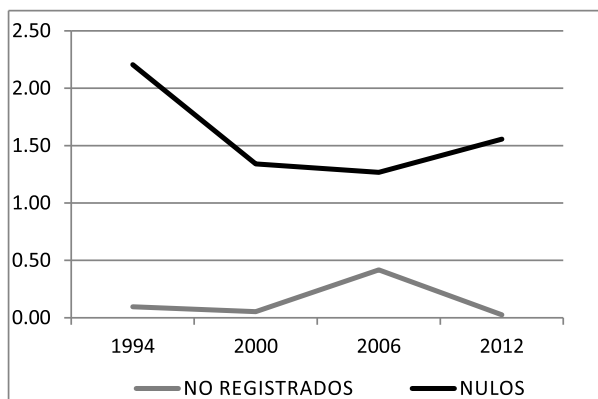
En los resultados electorales en las últimas décadas en México, se puede observar como en todos los procesos se ha presentado votación a favor de candidaturas independientes y de votos nulos. Una de las hipótesis

⁴ Para mayor información sobre este caso consultar: Pelayo Möller, C., & Vázquez C., S, *El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 2009, IX, 791-812; y Carmona Tinoco, J. U., *El caso de Jorge Castañeda vs Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 2009, IX, 775-790.

que daría respuesta a este comportamiento en las urnas es que se ejerce el derecho a votar pero sin apoyar ninguna de las opciones que ofrecen los partidos, lo cual pudiera traducirse en el desencanto o falta de credibilidad del electorado hacia las entidades políticas cualesquiera que fueran sus siglas o colores.

Al respecto, los resultados de la Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas 2012, en cuanto a la confianza institucional, revelan que los partidos políticos figuran entre una de las cinco instituciones peor evaluadas por los encuestados.⁵

En el caso de Chihuahua, los procesos electorales federales con mayor porcentaje de votos nulos fueron los de los años 1994 y 2012, mientras que el 2006 fue el de mayor votación para las candidaturas no registradas.



Fuente: IFE (2013) Atlas de resultados electorales federales 1991-2012.

Gráfica 1. Porcentaje de votos nulos y por candidaturas no registradas en el estado de Chihuahua en elecciones para presidente de la República Mexicana 1994-2012.

⁵ La lista de los cinco peor evaluados por los encuestados de la ENCUP es: sindicatos, diputados, senadores, partidos políticos y la policía. ENCUP. (2012), *Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas*, México, Secretaría de Gobernación, [en línea], fecha de consulta 20 de febrero de 2014, disponible en: http://www.encup.gob.mx/en/Encup/Quinta_ENCUP_2012

Ante dichas manifestaciones, pudiera pensarse que el camino para llegar a las reformas en materia de candidaturas independientes fue sencillo, sin embargo se concreta después de varias iniciativas a su favor, por ejemplo desde mediados de los ochenta existieron propuestas que abogaron por la consolidación de los derechos político electorales al respecto, como en el caso de Nuevo León, donde a partir de la Asamblea Democrática Electoral (ADE), en 1985 se presentó una iniciativa de ley democrática para el Estado.⁶

Posteriormente, algunos estados lograron incluir en su legislación local la regulación para las candidaturas independientes, al establecer y definir los cargos, los plazos, las formalidades para participar en comicios y las formas de financiamiento.

Por ejemplo, el Código Electoral del Estado de Sonora del año 2005 (CEES),⁷ reconocía como candidatos a los ciudadanos que se postularan de manera directa o por un partido para ocupar un cargo de elección popular mediante el voto de los ciudadanos, sin embargo la legislación vigente a 2014 no contempla ya la figura.

Por otra parte, en el estado de Yucatán también se integraron en la Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales para ese Estado los cargos, plazos, requisitos y algunos lineamientos para la financiación de las candidaturas independientes.⁸

Otra de las entidades que ha legislado y mostrado avances en cuanto a candidaturas independientes es Coahuila donde, en su código electoral, se incluyen además de los cargos, plazos, requisitos y lineamientos para la financiación, algunas disposiciones generales en la materia como; la ubicación en la boleta de los nombres de las candidaturas independientes

⁶ MEDELLÍN Mendoza, L. N., *La travesía de la liberalización política en Nuevo León*, Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad, enero / abril de 2006, XII (35), 65-91.

⁷ Código Electoral para el Estado de Sonora, Sonora, México, H. Congreso del Estado de Sonora, 28 de junio de 2005.

⁸ Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Yucatán, Yucatán, México, H. Congreso del Estado de Yucatán, 03 de Julio de 2009.

después de los partidos políticos; que la identificación deber ser exenta de cualquier religión; el derecho a tener un representante legal ante órganos electorales sin derecho a voz ni voto, así como algunas disposiciones para la asignación de diputados de representación proporcional al contabilizar los votos por los candidatos independientes (deberán restarse de la votación total emitida); la obligación de realizar propaganda electoral sujeta a normas establecidas; la obligación de presentar informe de gastos de campaña y el ser sujetos a sanciones similares a las impuesta a los partidos políticos, así como la posibilidad de impugnar ante el Tribunal Electoral -por los interesados- la solicitud de registro.⁹

Igualmente, en diciembre de 2012, el Estado de Quintana Roo incluyó en su Ley Electoral¹⁰ los cargos, plazos, requisitos, prerrogativas y obligaciones de las candidaturas independientes en un apartado específico –título sexto-. La legislación establece un proceso de selección de candidaturas para esta figura, con cuatro etapas: 1) Convocatoria, 2) Registro, 3) Obtención de apoyo ciudadano, 4) Declaratoria de candidaturas, establecido que solo habrá una candidatura independiente por cargo o plantilla. Asimismo se instituyen algunas restricciones para participar con agrupaciones políticas, para ocupar cargos de Regidores o Diputaciones por el principio de RP y para no ser sustituidos. También establece los casos de nulidad del respaldo ciudadano (por doble firma, por apoyo a dos candidaturas para el mismo cargo, por datos ilocalizables en el padrón electoral y por no correspondencia con distrito o municipio) y para la negativa de la candidatura independiente (en caso de no determinar la licitud de los recursos erogados en etapa de selección de candidaturas, por estar fuera de plazo o por incumplimiento de alguno de los requisitos).

Mención especial merece el caso de Zacatecas al ser el primer Estado de la República en tener reglamentación secundaria para las candidaturas independientes. La Ley Electoral del Estado de Zacatecas contiene un apartado -Capítulo Cuarto, artículos 17 a 19 sobre candidaturas

⁹ Código Electoral del Estado de Coahuila de Zaragoza, Torreón, Congreso del Estado de Coahuila de Zaragoza, 2010.

¹⁰ Ley Electoral de Quintana Roo, Chetumal, Congreso del Estado de Quintana Roo, 2012.

independientes y además cuenta con el Reglamento de Candidaturas Independientes del Estado de Zacatecas, aprobado el 4 de enero del año 2013.¹¹

Con esta revisión puede reflexionarse acerca de la flexibilidad de la reglamentación para garantizar la participación ciudadana más allá de los partidos políticos, tanto en otros espacios nacionales como en algunos espacios subnacionales, aunque al mismo tiempo se reconoce la exigua regulación para fomentar este tipo de participación política. Aun así, estas experiencias pueden ser el preámbulo para las futuras reformas sobre candidaturas independientes en el contexto nacional.

II. La apuesta por las candidaturas independientes en México

El camino hacia la legalización de las candidaturas independientes no ha sido sencillo ni libre de contraargumentos. Así pues, se puede argumentar que este tipo de candidaturas mientras estuvieron reconocidas en México¹² no ofrecieron opciones de competencia para las candidaturas partidistas, pues nunca se concretó un cargo de elección popular bajo esta figura.

El sistema político mexicano había considerado a los partidos políticos como el conducto natural para la representatividad, haciendo de éstos el principal vehículo para garantizar la realización libre y periódica de elecciones, al otorgarles el privilegio de solicitar, registrar y postular candidaturas a cargos de elección popular. Por tanto, su funcionamiento se ha relacionado con una de las características primordiales de una democracia de calidad: las elecciones.

¹¹Reglamento de candidaturas independientes del Estado de Zacatecas, Zacatecas, Instituto Electoral del Estado de Zacatecas, 2013.

¹² La participación a partir de una candidatura independiente a los partidos estaba de modo implícito desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 y consagrados de forma expresa en las Leyes Constitucionales de 1836, aunque durante 1947 a 1857 hubo una omisión al respecto, la figura fue retomada en la constitución de 1917 hasta 1977, de acuerdo a FLORES Mendoza, I. B., *El problema de las candidaturas a-partidistas, independientes o sin partido*, en J. M. Ackerman, Nuevos escenarios del derecho electoral: los retos de la reforma de 2007-2008 pp. 233-262, México, UNAM-IIIJ, 2009.

Los partidos políticos son, para muchos, necesarios e indispensables para la democracia¹³ pues "...no hay democracia perdurable sin partidos. Espacios insustituibles para la expresión, la representación y el procesamiento de los intereses de franjas importantes de ciudadanos, los partidos son también la columna vertebral del Estado democrático moderno".¹⁴ Por esta razón existen percepciones de que las candidaturas independientes son un peligro de bajo control institucional, pues todos los análisis que se han hecho al respecto en el mundo coinciden en que prácticamente hay muy pocos casos en que han logrado ganar una elección, ya que siempre se necesitará de la estructura de un partido político.¹⁵

Al respecto, por ejemplo, en el Código Electoral del Estado de Chiapas, vigente a 2014 y reformado por última vez en el año 2000, aparece el siguiente considerando: "Que en el proyecto de código se propuso la existencia de candidaturas independientes, las que con posterioridad, mediante acuerdo de la mayoría de los partidos políticos, fueron desechadas en virtud de que fragmentaría la estructura de los mismos".¹⁶

Por otra parte se ha señalado que son "una estrategia de oponer a la sociedad con los partidos, como si a éstos no los integraran ciudadanos",¹⁷ pues como apuntó Duverger los partidos están conformados por miembros que son "la materia misma del partido, la sustancia de su acción. Sin miembros, el partido se parecería a un profesor sin alumnos".¹⁸

En la defensa o a su favor, los partidos proponen dentro de sus documentos primarios, las acciones afirmativas para garantizar la inclusión a diferentes grupos vulnerables en los cargos de elección popular.

¹³ VAN BIEZEN, I., *How political parties shape democracy*, Center for the Study of Democracy, CSD Working Papers, 2004, p. 1, y WOLDENBERG, J., *Para entender a los partidos políticos y las elecciones*, México, NOSTRA, 2006.

¹⁴ WOLDENBERG, J., *La construcción de la democracia*, México, Plaza y Janés, 2002, 57.

¹⁵ ÁLVAREZ, Á. "Ninguna viabilidad de la propuesta de candidaturas independientes: PRI", *Crónica*, Aguascalientes, Nacional, 19 de diciembre de 2009.

¹⁶ Código Electoral del Estado de Chiapas, Tuxtla Gutiérrez, Congreso del Estado de Chiapas 2000.

¹⁷ GRANADOS Chapa, M. A., *Candidaturas independientes*, Diario, Opinión, 11 de enero de 2010.

¹⁸ DUVERGER, M., *Los partidos políticos*, México, FCE, 2006, p. 936.

Mientras que el sistema político, por su parte, promueve la representación proporcional en todos los ámbitos del poder legislativo como una medida para la inclusión.¹⁹

Otro punto que se ha debatido sobre las candidaturas independientes, aunque ahora ya se ha abordado, fue la falta de reglamentación al respecto, ya que si bien la CPEUM no establecía la exclusividad de los partidos políticos para la postulación la regulación tampoco las contemplaba y, por lo tanto, esta figura no se ajustaba a la ley electoral vigente.

De la misma manera un argumento más que se ha presentado en contra de las candidaturas independientes es el referente a la financiación de las campañas. Puesto que los partidos son entidades públicas de carácter institucional y reciben financiación del gobierno para su funcionamiento,²⁰ es prerrogativa de todos los ciudadanos vigilar que su ejercicio sea de acuerdo con sus funciones, en este caso del reclutamiento y postulación de candidaturas para cargos de elección popular.

Frente a este panorama, las candidaturas independientes podrían suponer un financiamiento privado e incluso correr el riesgo de una financiación con recursos de procedencia ilícita (narcotráfico y otros grupos), que en caso de ganar una elección, deberán rendir cuentas a sus financiadores, lo que le resta el adjetivo de independiente, es decir, daría oportunidad a la corrupción y secuestro de la toma de decisiones por grupos con y de poder económico.

Asimismo se ha puesto en la mesa de discusión el surgimiento de personalismos antes que de liderazgos políticos, puesto que las candidaturas independientes propician el oportunismo y el egoísmo antes que el bien público, lo que repercutiría en la falta de fortalecimiento de las instituciones.

¹⁹ En el caso del ámbito federal se establece 200 diputados por el principio de representación proporcional, Constitución Federal, artículo 52, en el caso de Chihuahua se contempla 11 diputados locales de representación proporcional (CPECH, artículo 40).

²⁰ Esta afirmación se basa en la Constitución Federal, artículo 41, fracc 1 y en el COFIPE (2009) artículo 36, fracción 1, inciso c).

También se ha discutido que las candidaturas independientes podrían dar pauta al surgimiento de una base ideológica más difusa, ya que contribuyen a la desconfianza hacia los partidos políticos, pues "toda disminución de la confianza hacia las instituciones supone un mayor riesgo de retroceso autoritario";²¹ una participación política efímera; a la búsqueda de prebendas; a el ejercicio político no profesional, es decir, a la administración del Estado sin visión social, sino particular. Por lo que el desconocimiento entre la población acerca de los candidatos puede influir en una alta abstención o dispersión de votos.

En contraparte se presentan una serie de argumentos a favor, como la inclusión y la garantía de los derechos político-electorales de las y los ciudadanos. Se argumenta que las candidaturas independientes no son ni contrarias a la CPEUM, ni contrarias al derecho internacional,²² sino que existe un vacío legal aplicable tanto para su funcionamiento como reconocimiento.

Por lo tanto, debe romperse con el monopolio de los partidos políticos en el régimen y explicitarlas e integrarlas en la regulación secundaria para garantizar uno de los derechos fundamentales político-electorales: de votar y ser votado. La validez de este argumento es tal que, como ya señalo, en el año 2012 se reformó la CPEUM en el artículo 35, fracc. I y II.

De tal manera que, como ocurre en otros países también democráticos, además de observar la garantía de los derechos políticos, las candidaturas independientes coexisten con las candidaturas partidistas sin impedir la consolidación y evolución del régimen.

En relación a la idea de los partidos como vehículo para la democracia, se señala que cuando los partidos tienen el "monopolio de candidaturas", en algunas ocasiones más que encauzar, canalizar o regular la participación,

²¹ VALADÉS, D., *Problemas jurídicos de las precampañas y las candidaturas independientes*, en Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz, Derecho Constitucional y Política, 447 y ss, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, p. 453.

²² CARMONA TINOCO, J. U., *El caso de Jorge Castañeda vs Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 2009, IX, 775-790.

pueden restringirla, limitarla o delimitarla.²³ De esto se desprende la crisis o declive de los partidos que se entiende como el debilitamiento de los partidos seculares. Dando pie a la reducción de los niveles de identificación, el incremento de los sentimientos de insatisfacción, el enorme coste que representan, su reemplazo por nuevas estructuras políticas acorde a la realidad económica y tecnológica de la política entre otros factores.²⁴

Aunque es innegable el papel protagónico que han tenido los partidos para la expresión, la representación política y la participación electoral, no siempre coincide con una mayor inclusión de la ciudadanía por tanto las candidaturas independientes permiten ante la falta de credibilidad en los partidos "llevar la discusión de las agendas sociales del país más allá de las estructuras del partido".²⁵ En este sentido se apunta que las candidaturas independientes son más cercanas a la ciudadanía que a las elites partidarias. Aunado a lo anterior se argumenta que el incremento de participación ciudadana incrementara la organización de la sociedad en general.

Ahora bien, dentro de la democracia mexicana ya se han suscitado elecciones sujetas a una lógica distinta al proceso electoral, como las apegadas a usos y costumbres donde se da un reconocimiento social y político de las diferencias existentes entre la población y se posibilitan otras formas de elegir a quienes tomaran las decisiones, como es el caso de la comunidad de Cherán, Michoacán²⁶ y de Santa María Quiévolani, Oaxaca,²⁷ entre otras.

Aunado a la anterior, ya se han presentado casos de candidaturas que no proceden de los partidos políticos con resultados electorales favorables

²³ REVELES Vázquez, F., *Teorías y realidades de los partidos políticos, una lectura desde México*, México, Instituto Electoral del Estado de México, 2007.

²⁴ MONTERO, J., Gunther, R., & Linz, J., *Partidos políticos, viejos conceptos y nuevos retos*, Madrid, Fundación Alfonso Martín Escudero-Trotta, 2007.

²⁵ BRITO, A., "Enoé Uranga candidata", *La Jornada*, México, 26 de marzo de 2009, p. 31.

²⁶ BUSTILLO Marín, R., & GARCÍA Sánchez, E., "Cherán: elecciones bajo el sistema normativo Purépecha como producto de la otredad", *Expresiones*, núm. 15, segunda época, 30 de abril de 2012, pp. 183-192.

²⁷ Este caso merece la pena ser analizado por la doble exclusión del sistema y por la de género en el caso de Eufrosina Cruz Mendoza.

como el de Rosa María Elizondo de Cantú, en Jiménez, Santander, Tamaulipas en 1988 que han llegado a un cargo público.

III. Desafíos de las candidaturas independientes o hacia la mayor ciudadanía

La posibilidad de candidaturas independientes en la competencia electoral, más allá de las críticas o alabanzas, representa grandes desafíos como romper con algunos paradigmas, una efectiva reglamentación secundaria que promueva los derechos político electorales y la calidad de la democracia, fomentar nuevas competencias en los órganos electorales y una ciudadanía activa en otros escenarios. Todos estos elementos se relacionan y dependen entre sí.

Primero, se deben romper por lo menos dos paradigmas: el de sistema de partidos y el de ciudadanía como sector ajeno a la política. Como se ha mencionado, tradicionalmente los partidos políticos han cumplido con varias funciones sociales como: el reclutamiento y postulación de candidatos para cargos de elección, la movilización del electorado en apoyo a sus candidatos y la promoción de la participación política, organizar las opciones entre grupos de candidatos en competencia, representar a los diversos intereses de los grupos sociales agregando intereses alrededor de posiciones políticas y conformar y respaldar al gobierno,²⁸ por tanto se han convertido, como algunos lo señalan, en los protagonistas de la vida democrática o en el principal canal para realizarla.²⁹

Por lo anterior se ha conformado una partitocracia o como diría Ostrogorski en una tiranía política que ocurre en el momento en que para cumplir su cometido de buscar el bien común, los intermediarios electorales del Estado,

²⁸ DIAMOND, L., & Gunther, R., *Political parties and democracy*, Baltimore, The John Hopkins Press University, 2001.

²⁹ BENDEL, P., "Partidos políticos y democratización en América Central, un intento de romper una lanza a favor de los partidos a pesar de los pesares", *Anuario de Estudios Latinoamericanos*, núm. 2, año 2, 1994, pp. 27-39; LLERA, F., "Partitocracia y democratización de los partidos", *Leviatán*, núm. 82 año II, 2000, pp. 37-55, WOLDENBERG, J., *La construcción de la democracia*, México, Plaza y Janés, 2002.

forman un monopolio de una clase dirigente que antepone sus intereses particulares a los generales.³⁰

El otro paradigma que se debe romper es el de la comprensión de tres sectores de la sociedad, donde el primer sector es el Estado, el segundo es el mercado y el tercer sector es la ciudadanía, cuya visión "muestra el intento de retirar a la ciudadanía del terreno de la política, retomándolo su poseedor exclusivo: el Estado".³¹ Este paradigma reduccionista de las esferas de acción, confiere de manera clara la política para el Estado y por ende a sus actores.

Segundo, una vez que se han legalizado las candidaturas independientes existe una ardua tarea para los legisladores para integrar, explicitar y armonizar la figura apartidista sin omitir nada. En este sentido vale la pena apuntar que los vacíos legales han sido características en algunas cuestiones electorales. Así pues, la regulación secundaria debe establecer de manera clara las calidades, condiciones, circunstancias y requisitos para la participación en un contexto de competencia e igualdad.

Este segundo reto engloba al tercero, que es promover el pleno ejercicio de los derechos político electorales de la ciudadanía. La posibilidad de candidaturas independientes es una garantía del derecho al sufragio pasivo y activo en elecciones periódicas, auténticas y democráticas; así como también garantiza el derecho a participar, de manera directa o a través de representantes, en la dirección de los asuntos públicos. Esto es un avance con respecto a las posibilidades de acceso al poder hasta hace poco existentes, cuya expectativa es la participación del mayor número de actores, de mejor representatividad de los dirigentes en el gobierno³² y de toma de decisiones por diversos grupos de interés, no solamente por entidades políticas.

³⁰ OSTROGORSKI, M., *La democracia y los partidos políticos*, Madrid, Trotta, 2008.

³¹ DAGNINO, E., *Sociedad civil, participación y ciudadanía*, en *Democratización, rendición de cuentas y sociedad civil, participación ciudadana y control social*, México, CIESAS-Porrúa, 2010, pp. 223-242.

³² TOURAINE, A., *¿Qué es la democracia?*, México, FCE, 2006.

Ligado a las dos cuestiones anteriores, aparece el cuarto reto que es el diseño de instituciones acordes a la nueva dinámica, es decir que la legislación en cuanto al funcionamiento y atribuciones de los órganos encargados de las elecciones debe contemplar fomentar nuevas capacidades que posibiliten la relación, apoyo y aprendizaje de la ciudadanía en el ejercicio de una nueva opción de participación en los procesos electorales. Si bien, no se crean nuevas instituciones si se abre paso a nuevos actores o por lo menos a actores en otro escenario que demandan autoridades facultadas y competentes para operar las formas de participación directa (referéndum, plebiscito, iniciativa popular y revocación de mandato) y con la capacidad de canalizar, orientar y dar soporte a la ciudadanía interesada en el ejercicio del sufragio activo sin el escudo de un partido político.

Por último, la figura de candidaturas independientes significa un reto en la dinámica de participación ciudadana en los procesos electorales, con expectativas de redundar en una participación que fomenta las condiciones de igualdad en la competencia.³³ Para esto, se necesita ciudadanía activa que además de cubrir los espacios de participación esté preparada para la toma de decisiones, una sociedad activa y prepositiva que conozca y reconozca su participación como parte fundamental de la democracia.

En este sentido, retomo las palabras de Jane Mansbridge "yo creo que la participación puede hacer mejores ciudadanos, pero no lo puedo probar",³⁴ por lo menos hasta hoy en la realidad mexicana.

IV. Reflexión final

El monopolio de los partidos en el sistema político mexicano es un paradigma que ha sido difícil cerrar. Sin embargo, la defensa de los derechos político-electorales y el mejoramiento del régimen democrático en el país

³³ PATEMAN, C., *Participation and democracy theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970.

³⁴ El texto original es: *Participation does makes better citizens. I believe it, but I can't prove it.* Mansbridge, J., *Does participation makes better citizens?*, PEGS Conference, 1995, p. 1.

has sido el fundamento para incluir una opción para la candidatura y para las elecciones: las candidaturas independientes.

En todos los procesos electorales en los últimos años habían existido formas de emitir el voto con opciones distintas a los partidos políticos. Las experiencias en el espacio local han sido un impulso importante para la legislación de las candidaturas independientes, pues algunos movimientos en varios estados han logrado avances importantes en la forma de votar que van desde la discusión de las figuras de candidatos independientes y candidatos no registrados, la implementación del uso del bolígrafo en las casillas como medida para la escritura de los nombres de los candidatos no registrados (en Veracruz) y el reconocimiento de una figura alterna a los partidos políticos como los usos y costumbres.

El reconocimiento de las candidaturas independientes invita a pensar en una mejor representación y en un avance en la inclusión o exclusión de actores en los procesos políticos.

La flexibilidad y la completa regulación al respecto son asuntos que todavía no se resuelven pero que se convierten en grandes retos sobre todo en los ámbitos locales donde esta posibilidad vislumbra un reacomodo de las fuerzas políticas y una posibilidad de incrementar la baja participación que ha caracterizado a la mayoría de los procesos locales en el país. No deben quedar fuera de la legislación ningún aspecto al respecto (tiempos, apertura y finalización de los periodos para la presentación de candidatos, si se perimirá en listas para senadores y diputados, si habrá posibilidad de candidaturas simultaneas, las causas para su modificación, entre otros), pero tampoco debe dejarse de una ley de partidos que garantice la competencia democrática.

Falta pues en esta nueva experiencia de participación ciudadana o de inclusión política, afrontar el rompimiento de los paradigmas del sistema político y de la actuación ciudadana, una labor legislativa eficiente para integrar, explicitar y armonizar las candidaturas independientes, órganos electorales comprometidos con el quehacer político y no con los actores

políticos y avanzar en la construcción de una ciudadanía activa de una manera distinta a la convencional.

La respuesta al cuestionamiento que origina este documento ¿Qué consecuencias tendrán las candidaturas independientes en la participación ciudadana? Se ha respondido en los términos de transformación de un sistema de monopolización de candidaturas por parte de los partidos políticos a un sistema híbrido cuyas expectativa son mayor participación ciudadana e involucramiento en los procesos electorales y por ende en la toma de decisiones, pero para eso todavía falta mucho camino por recorrer.

V. Fuentes de consulta

Bibliográficas

ARAGÓN, Manuel, *Derecho electoral: sufragio activo y pasivo*, en Tratado de derecho electoral comparado de América Latina, México, FCE, IFE, IIDH, TFPJF, Universidad de Heidelberg, 2007.

BENDEL, Petra, *Partidos políticos y democratización en América Central, un intento de romper una lanza a favor de los partidos a pesar de los pesares*, Anuario de Estudios Latinoamericanos, núm. 2, año 2, 1994.

CARMONA Tinoco, Jorge Ulises, *El caso de Jorge Castañeda vs Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 2009, IX.

COLOMER, Josep M., *Cómo votamos, los sistemas electorales del mundo: pasado, presente y futuro*, Barcelona, GEDISA, 2014.

DAGNINO, Evangelina, *Sociedad civil, participación y ciudadanía*, en Democratización, rendición de cuentas y sociedad civil, participación ciudadana y control social, México, CIESAS-Porrúa, 2010.

DIAMOND, Larry y GUNTHER, Richard (eds), *Political parties and democracy*, Baltimore, The John Hopkins Press Univeersity, 2001.

DUVERGER, Maurice, *Los partidos políticos*, México, FCE, 2006.

FLORES Mendoza, Imer, Benjamín, *El problema de las candidaturas a-partidistas, independientes o sin partido*, en J. M. Ackerman, Nuevos escenarios del derecho electoral: los retos de la reforma de 2007-2008, México, UNAM-IIIJ, 2009.

FREIDENBERG, Flavia y ALCÁNTARA, Manuel, *Selección de candidatos, política partidista y rendimiento democrático*, México, Tribunal Electoral del Distrito Federal, 2009.

GAMBOA Montejano, Claudia, *Candidaturas Independientes. Estudio conceptual, de antecedentes, jurisprudencia, iniciativas presentadas en la LX, LXI legislaturas, de derecho y opiniones especializadas*, México, 2011.

HERNÁNDEZ Olmos, Mariana, *La importancia de las candidaturas independientes*, Cuadernos de divulgación de la justicia electoral, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012.

LIPSET, Seymour, *El hombre político. Las bases sociales de la política*, Madrid, Tecnos, 1987.

MANSBRIDGE, Jane, *Does participation makes better citizens?*, PEGS Conference, 1995.

MEDINA Peña, Luis (Coord), *El siglo del sufragio. De la no reelección a la alternancia*, México, FCE-CONACULTA-IFE-CONACYT, 2010.

MONTERO, José Ramón, GUNTHER, Richard, & LINZ, Juan, *Partidos políticos, viejos conceptos y nuevos retos*, Madrid, Fundación Alfonso Martín Escudero-Trotta, 2007.

MORALES y Gómez, Juan Miguel, & MORENO Espinoza, Roberto, *Democracia y gestión pública. Fundamentos para la reforma del Estado en México*, México, UAEM-Porrúa, 2011.

MORENO de Anda, José Antonio, *Diccionario Electoral Federal*, México, Trillas, 2011.

NOHLEN, Dieter, *Sistemas electorales y partidos políticos*, México, FCE, 2011.

NOHLEN, Dieter, & Picado, S., *Tratado de derecho electoral comprado de América Latina*, México, FCE, IFE, IIDH, TFPJF, Universidad de Heidelberg, 2007.

OSTROGORSKI, Moisei, *La democracia y los partidos políticos*, Madrid, Trotta, 2008.

PATEMAN, Carol, *Participation and democracy theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970.

PELAYO Möller, Carlos y VÁZQUEZ C., Santiago, *El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 2009, IX.

PÉREZ Fernández del Castillo, Germán, *Las elecciones que dividieron al país*, México, Porrúa-UNAM, 2008.

REVELES Vázquez, Francisco, *Teorías y realidades de los partidos políticos, una lectura desde México*, México, Instituto Electoral del Estado de México, 2007.

SÁNCHEZ, Oscar, *Sobre la candidatura independiente de Enoé Uranga*, NotieSe, Agencia Especializada de Noticias Salud, Sexualidad y Sida, 31 de enero de 2009.

TOURAINÉ, Alain, *¿Qué es la democracia?*, México, FCE, 2006.

VALADÉS, Diego, *Problemas jurídicos de las precampañas y las candidaturas independientes*, en Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruíz. Derecho Constitucional y Política, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005.

VAN BIEZEN, Ingrid, *How political parties shape democracy*, Center for the Study of Democracy, CSD Working Papers, 2004.

WOLDENBERG, José, *La construcción de la democracia*, México: Plaza y Janés, 2002.

WOLDENBERG, José, *Para entender a los partidos políticos y las elecciones*, México, Nostra, 2006.

Hemerográficas

ÁLVAREZ, Ángel, "Ninguna viabilidad de la propuesta de candidaturas independientes: PRI", *Crónica*, Aguascalientes, Nacional, 19 de diciembre de 2009.

BRITO, Alejandro, "Enoé Uranga candidata", *La Jornada*, México, 26 de marzo de 2009.

BUSTILLO Marín, Roselia, y GARCÍA Sánchez, Enrique, "Cherán: elecciones bajo el sistema normativo Purépecha como producto de la otredad", *Expresiones*, número 15, segunda época, 30 de abril de 2012.

CORIA Rivas, Carlos, "Lanzan al "Burro Chon" como candidato en Ciudad", *Excelsior*, México, 10 de junio de 2013.

FIGUEROA, Paola, "Urge Castañeda decidir a Convergencia", *Noticieros Televisa: Es más*, 27 de febrero de 2005.

GRANADOS Chapa, Miguel Ángel, "Candidaturas independientes", *Diario, Opinión*, 11 de enero de 2010.

JAIMES, Carmen, "Recorre Castañeda El Salado", *Noticieros Televisa*, 20 de febrero de 2005.

LIZÁRRAGA, Daniel, "Inocua la reforma de Calderón", *Proceso*, 24 de diciembre de 2009.

LLERA, Francisco, "Partitocracia y democratización de los partidos", *Leviatán*, año II, núm. 82, 2000.

MEDELLÍN Mendoza, Laura Nelly, "*La travesía de la liberalización política en Nuevo León*", *Espiral*, Estudios sobre Estado y Sociedad, XII (35), enero - abril de 2006.

RODRIGUEZ, Enrique, "Niega Corte a Castañeda candidatura independiente", *Noticieros Televisa: es más*, 16 de agosto de 2005.

VOX Noticias, "Burro Chon se postula por alcaldía de Ciudad Juárez", *Vox Noticias*, 10 de junio de 2010.

Legislativas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación 5 de febrero de 1917, última consulta 26 de febrero de 2013.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chihuahua, publicada en el Periódico Oficial del Estado el 17 de junio de 1950, última consulta 05 de enero de 2013.

Código Electoral del Distrito Federal, Distrito Federal, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 2008.

Código Electoral del Estado de Aguascalientes, Aguascalientes, Congreso del Estado de Aguascalientes, 2009.

Código Electoral del Estado de Colima, Colima, Congreso del Estado de Colima, 2008.

Código Electoral del Estado de Chiapas, Tuxtla Gutiérrez, Congreso del Estado de Chiapas, 2000.

Código Electoral del Estado de Coahuila de Zaragoza, Torreón, Congreso del Estado de Coahuila de Zaragoza, 2010.

Código Electoral del Estado de Guerrero, Chilpancingo, Poder Legislativo del Estado de Guerrero, 2005.

Código Electoral del Estado de México, Toluca de Lerdo, Congreso del Estado de México, 2011.

Código Electoral del Estado Libre y Soberano de Morelos, Cuernavaca, Congreso del Estado de Morelos, 2011.

Código Electoral para el Estado de Sonora, Hermosillo, H. Congreso del Estado de Sonora, 28 de junio de 2005.

Código Electoral para el Estado de Sonora, Hermosillo, Congreso del Estado de Sonora, 2011.

Código Electoral para el Estado de Tamaulipas, Ciudad Victoria, Congreso del Estado de Tamaulipas, 2013.

Código Electoral para el Estado de Veracruz de la Llave, Congreso del Estado de Veracruz.

Código Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco, Guadalajara, Congreso del Estado de Jalisco, 2008.

Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Campeche, Campeche, Poder Legislativo de Estado de Campeche, 2009.

Código de Instituciones y Procedimientos Electorales para el Estado de Guanajuato. Guanajuato; Congreso Constitucional del Estado de Guanajuato, 2002.

Código de Instituciones y Procedimientos Electorales para el Estado de Oaxaca, Oaxaca, Congreso del Estado de Oaxaca, 2012.

Código de Instituciones y Procedimientos Electorales para el Estado de Tlaxcala, Tlaxcala de Xicotécatl, Congreso del Estado de Tlaxcala, 2006.

Código de Instituciones y Procesos Electorales del Estado de Puebla, Puebla de Zaragoza, Congreso del Estado de Puebla, 2003.

Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, México, Instituto Federal Electoral, 14 de enero de 2008.

Ley Electoral de San Luis Potosí, San Luis Potosí, Congreso del Estado de San Luis Potosí, 2008.

Ley Electoral del Estado de Baja California Sur, La Paz, Congreso del Estado de Baja California Sur 2013.

Ley Electoral del Estado de Durango, Victoria de Durango, Congreso del Estado de Durango, 2009.

Ley Electoral del Estado de Hidalgo, Pachuca de Soto, Congreso Constitucional del Estado Libre y Soberano de Hidalgo, 2012.

Ley Electoral del Estado de Nayarit, Tepic, Congreso del Estado de Nayarit, 2010.

Ley Electoral del Estado de Nuevo León, Monterrey, Congreso del Estado de Nuevo León, 2008.

Ley Electoral del Estado de Sinaloa, Culiacán Rosales, Congreso del Estado de Sinaloa, 2004.

Ley Electoral del Estado de Tabasco, Villahermosa, Congreso del Estado de Tabasco, 2008.

Ley Electoral de Quintana Roo, Chetumal, Congreso del Estado de Quintana Roo, 2012.

Ley Electoral del Estado de Zacatecas, Zacatecas, México, Honorable Sexagésima Legislatura del Estado, 05 de octubre de 2012.

Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales de Baja California, Mexicali, Congreso del Estado de Baja California, 2009.

Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Yucatán, Yucatán, México, H. Congreso del Estado de Yucatán, 03 de julio de 2009.

Diario Oficial de la Federación de 09 de agosto de 2012, Decreto 203 por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia política. México, Poder Ejecutivo, Secretaría de Gobernación.

Reglamento de candidaturas independientes del Estado de Zacatecas. Zacatecas: Instituto Electoral del Estado de Zacatecas, 2013.

Electrónicas

IFE, Atlas de resultados electorales federales 1991-2012, México, Instituto Federal Electoral, [en línea], fecha de consulta 02 de marzo de 2014, disponible en: <http://siceef.ife.org.mx/pef2012/SICEEF2012.html#>

La Gallina, T., *Vota x tina la gallina*, [en línea], fecha de consulta 24 de febrero de 2014, disponible en: <https://www.facebook.com/VotaXTinaLaGallina>.

ACE, The Electoral Knowledge Network, [en línea], fecha de consulta: 02 de marzo de 2014, disponible en: <http://aceproject.org/>

BETANZOS Salgado, José Alberto, *El PRI tiene pavor a las Candidaturas Independientes*, Taxco de Alarcón, Guerrero, México, [en línea], fecha de consulta 02 de febrero de 2014, disponible en: <http://>

cuartopodertaxco.blogspot.mx/2010/02/el-pri-tiene-pavor-las-candidaturas.html.

Cámara de Diputados, Sumarios de Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, Cámara de diputados, LXII Legislatura, 2014, [en línea], fecha de consulta 25 de febrero de 2014, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/sumario.htm>.

Candigata, M., Candigata Maya Puebla 2013, [en línea], fecha de consulta 24 de febrero de 2014, disponible en: <https://www.facebook.com/pages/Candigata-Maya-Puebla-2013/314619995337177>.

Candigato, M., *Morris, El gato que 'pelea' las elecciones en México*, [en línea], fecha de consulta 24 de febrero de 2014, disponible en: <https://www.facebook.com/elcandigatomorris>.

Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas, México, Secretaría de Gobernación, [en línea], fecha de consulta 20 de febrero de 2014, disponible en: http://www.encup.gob.mx/en/Encup/Quinta_ENCUP_2012

Titán, El Candidato, [en línea], fecha de consulta 24 de febrero de 2014, disponible en <https://www.facebook.com/TitanEICANdidato>

OLIVERIO, el alcalde perrón para Torreón, [en línea], fecha de consulta 24 de febrero de 2014, disponible en: <https://www.facebook.com/pages/Oliverio-el-alcalde-perr%C3%B3n-para-Torre%C3%B3n/494692293935071>

PAUTAS EPISTEMOLÓGICAS DE LA INTERPRETACIÓN DEL ACTO JURÍDICO TESTAMENTARIO DESDE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA

Noadis Milán Morales *
Celia Araujo Quintero **

SUMARIO: I. Los criterios interpretativos y su genealogía ante la hermenéutica testamentaria; II. Métodos de interpretación de los actos jurídicos como baremo dúctil en la actividad interpretativa; III. La interpretación del acto jurídico testamentario en particular. Conceptos, principios rectores y teorías acerca de su construcción jurídica; 1. Aspectos decisivos en la interpretación testamentaria; IV. A modo de reflexiones finales; V. Fuentes de consulta.

* Especialista en Derecho Civil y de Familia, Jueza titular durante ocho años del Tribunal Provincial Popular de Santiago de Cuba, Cuba, Vice-presidenta de la Sociedad Científica Provincial de Derecho Civil y de Familia de Santiago de Cuba, profesora asistente de la disciplina de Derecho Civil, de Familia y Agrario de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, ponente en diversos Congresos Nacionales e Internacionales. nmilan@fd.uo.edu.cu

** Licenciada en Derecho por la Universidad de Oriente, Cuba, Jueza Suplente No Permanente del Tribunal Provincial Popular de Santiago de Cuba, profesora instructora de la disciplina de Derecho Civil, Familia y Agrario de la Universidad de Oriente, Cuba, Miembro de los Capítulos de Derecho Constitucional y Administrativo y de Derecho Procesal de la Unión Nacional de Juristas de Cuba en Santiago de Cuba, ponente en diversos eventos nacionales e internacionales. Premio Nacional de la Academia de Ciencias de Cuba. celiaaraujo88@gmail.com y celia@fd.uo.edu.cu

Recibido: 31 de marzo de 2014

Acceptado: 4 de abril de 2014

Resumen:

Para llevar a cabo la interpretación de los actos jurídicos en particular, dígase *inter vivos* y *mortis causa* se deben tomar como base o sustento ciertos criterios interpretativos que incardinan la interpretación jurídica, viéndose como uno de los puntos de contactos existentes entre la interpretación de los negocios jurídicos y la interpretación jurídica en sentido general, sin desatender los matices que le son propios; tales criterios de interpretación conformaran el complejo entramado del que se servirá el intérprete para llevar a vías de hecho su labor hermenéutica, entre otras herramientas que le son consustanciales al testamento. Así, exponemos las principales disquisiones teóricas–doctrinales con relación a los criterios de interpretación y su función dentro de la interpretación de las declaraciones de última voluntad, con la finalidad de erigir las pautas interpretativas del acto jurídico testamentario a las que podrá sujecionarse el intérprete en la búsqueda de la real voluntad del testador.

Palabras clave: criterios de interpretación, acto jurídico testamentario, real voluntad e intención del testador y pautas interpretativas testamentarias.

Abstract:

In order to perform the interpretation of legal acts in particular , said about *inter vivos and mortis causa* should be taken as a base or support certain interpretive criteria's on which legal interpretation are rooted., Been taken like one of the points of contacts between the interpretation of legal business and legal interpretation in general, without neglecting the nuances of its own; such interpretation criteria's will conform the complex structure of the interpreter will use in fact pathways out to its hermeneutical work, among other tools that are inherent to the testament. Thus, we present the main theoretical and doctrinal treatises concerning the interpretation criteria's and their role in the interpretation of the statements of last will, in order to build the interpretive guidelines for the testamentary act in which the interpreter shall submit in the search of the real intention of the testator.

Key words: interpretation criteria's, testamentary legal act, real will and intention of testator, and testamentary interpretive guidelines.

I. Los criterios interpretativos y su genealogía ante la hermenéutica testamentaria

Cuando hablamos de interpretar, es respuesta inmediata tratar de comprender el significado de una acción, cuya traducción puede visualizarse por medio de una declaración de voluntad.¹ A cada paso de la vida interpretamos, no en balde se sostiene que el punto de partida de la interpretación es primero filosófico, aun cuando se desarrolla en diferentes modalidades y aplicaciones. El fenómeno de la interpretación está presente en cada acto y en cada espacio de la vida, desde el más significativo hasta el menos relevante. Entendida en su significado más amplio y genérico, es decir, por operaciones intelectuales de aprendizaje, de crítica y al mismo tiempo de selección y juicio, dirigidas a aclarar contenidos expresados en el lenguaje y a atribuir significados y enunciados lingüísticos.

Prima facie, debemos ubicarnos qué entender por criterios y clases ajustadas al campo de la interpretación del derecho, los criterios interpretativos, han sido entendidos como elementos dentro del método, o como diferentes métodos sin caer en distinciones entre uno y otro término, así lo consideró SAVIGNY, simplemente elementos. Nuestra posición de asumirlos como criterios se sustenta en la capacidad de entender o juzgar que le es innata, y supone una semántica lógica de mayor complejidad, al constituirse como instrumento indispensable cuando se

¹ A grosso modo la voluntad ha sido explicada por medio de tres teorías, una teoría sobre la voluntad, otra que concierne a la declaración *in fine* una teoría ecléctica. La primera sostiene que sólo la voluntad interna debe producir efectos jurídicos, porque es la real, la sentida, la que es producto de los motivos, el verdadero querer, la intención cierta de obtener el resultado, que es lo único atendible lógicamente, porque la simple declaración no tiene contenido sino la exteriorización de un querer interno. La segunda teoría plantea que, la voluntad interna no puede producir efecto, porque no es conocida y porque el Derecho sólo regula actos externos. La teoría ecléctica sostiene que si la manifestación externa es creída por la contraparte como real, si inspira confianza, debe producir efectos la voluntad interna. Se critica la teoría de la voluntad, porque produciría inestabilidad en la contratación, y a la teoría de la declaración porque en ella se vería la verdadera voluntad. Cfr. DIEGO Cañizares, Diego, *Teoría del Estado*, Ed. Pueblo y Educación, Ciudad de La Habana, 1979, p. 352.

requiere descifrar signos lingüísticos² que por su construcción resultan equívocos, dudosos, oscuros u ambiguos. Las clases de interpretación vistas como distinción o categorías, van a estar condicionados al sujeto intérprete que lleve a vías de hecho la actividad interpretativa, con empleo de los criterios de idéntico adjetivo, sin que sean sinónimos criterios y clases; no obstante, forman parte del aparataje interpretativo junto al método, y desatender uno u otra traerá consigo un fiasco para el sujeto intérprete difícil de enmendar con repercusión ya sea, para la generalidad o individuos en particular.

Uno de los puntos centrales de la interpretación jurídica es el relativo a los criterios de interpretación. Rodríguez Molinero³ señala, que la interpretación nunca puede hacerse al total arbitrio de quien la lleva a cabo, al capricho del intérprete, sino que ha de hacerse con ciertos fundamentos o garantías de objetividad. Por eso son absolutamente necesarios ciertos criterios o módulos interpretativos que sirvan de guía a la interpretación. La ciencia jurídica en los dos últimos siglos ha seguido a este respecto la doctrina de Savigny, quien en la primera mitad del siglo XIX distinguió en el "Sistema de Derecho romano actual" cuatro elementos presentes en toda interpretación de las normas jurídicas. A estos cuatro elementos los denominó el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático. Al de cursar de los años y con apoyo en la doctrina de SAVIGNY se llegó a distinguir diferentes criterios de interpretación dentro de los que se destacan:

• Criterio literal

Se plantea que el significado literal fue reivindicado sin precedentes con la Revolución Francesa, el motivo se subordina a tres factores concurrentes,

² El signo lingüístico es una realidad que puede ser percibida por el hombre mediante los sentidos y que remite a otra realidad que no está presente. Es una construcción social que funciona dentro de un sistema lingüístico y que pone un elemento en lugar de otro. Como sistema, tiene la capacidad de aplicarse a sí mismo y de explicar los demás sistemas de signos; pero es importante advertir que en la lingüística y en la semiótica la teoría define al objeto, y por lo tanto el signo es consecuencia de una perspectiva teórica. *Vid.* VITALE, Alejandra, *El estudio de los signos*, Buenos Aires, Ed. Eudeba, 2001, p. 200.

³ RODRÍGUEZ Molinero, Marcelino, *Criterios interpretativos y su correlación*, *cit. pos.*, TAGLIAVIA López, Andrés, *La interpretación desde la Teoría del Derecho*, Madrid, España, s. e., 1995, p. 204.

uno político (al ser entendida la ley como única fuente del derecho), otro teórico (modelo del código) y finalmente uno axiológico (el valor de la seguridad jurídica). Toda interpretación de un texto ha de comenzar con el sentido literal, como bien plantea Larenz.

Por tal se entiende, el significado de un término o de una unión de palabras en el uso general del lenguaje o en caso de que sea constatable un tal uso, dígase en el uso especial del lenguaje de quien habla, o en el de la ley respectiva. El legislador se sirve del lenguaje general porque en tanto se dirige a los ciudadanos y desea ser entendidos por ellos. Se sirve de un especial lenguaje técnico jurídico, en que se puede expresar con mayor precisión, cuyo uso le ahorra múltiples aclaraciones circunstanciales.

Este lenguaje técnico se sustenta en el lenguaje general, ya que el derecho que se dirige a todos y a todos atañe, no puede renunciar a un mínimo de comprensibilidad general. El lenguaje jurídico es un caso especial del lenguaje general, no es un lenguaje de signos totalmente desligado de aquel. El tenor literal viene a ser el punto de partida para hallar judicialmente el sentido. En opinión de Larenz una interpretación que ya no radica en la esfera del posible sentido literal, ya no es interpretación sino modificación del sentido.⁴

Tal autor se interroga si el intérprete ha de tener en cuenta el lenguaje utilizado por el legislador en el momento de nacimiento de la ley o bien el del uso actual. Pues bien, el legislador parte del uso del lenguaje de su tiempo. Se trata de un término del lenguaje técnico jurídico que el legislador ha usado en el sentido en que fue entendido en su tiempo, hay que partir del significado del término en aquel entonces. Si se partiera sin más del significado actual, habría de falsificarse probablemente la intención del legislador. Es recomendable tocar como límite de la interpretación el sentido literal, hoy posible en caso que, de este modo, se posibilite una interpretación que llegue a ser más conforme al fin o idea fundamental de la norma.

⁴ *Ibidem*, p. 206.

Diez Picazo mantiene, que en la investigación gramatical cabe lo que podríamos llamar una interpretación semántica o filológica. Mediante ella se trata de fijar el sentido o los posibles sentidos que posee cada una de las palabras intercaladas en el texto, considerando cada palabra en sí misma. La palabra utilizada en la ley opera como un instrumento del pensamiento. Refleja el pensamiento que guió el que pronunció la palabra o redactó el texto. Pero al mismo tiempo la palabra, sirve de instrumento y de vehículo en el proceso de comunicación y suscita una serie de ideas en el destinatario, es decir, en el lector o en el oyente. La palabra funciona así en cuanto expresión de la idea del emiteente y en cuanto causa de la idea del destinatario. La interpretación semántica es una fijación de la relación entre las palabras y las ideas de lo que puede ser reflejo o causa. Esta fijación debe hacerse en una forma que sea coherente con el conjunto del texto y con el contexto o situación que presupone.⁵

Del criterio literal de expresiones concernientes a textos legales, se trasluce la significación que encierra el sentido literal, así Iguarta Salaverría⁶ la define como aquellas expresiones a la que le es atribuible un significado suficientemente claro por contraposición a aquellas expresiones a las que se les suele adscribir un significado oscuro, vago y plurívoco. En una segunda dimensión conceptualiza al sentido literal, en el significado que se atribuye a expresiones lingüísticas en el uso ordinario de las mismas (por contraposición al significado que puedan asumir en un uso tecnicado); y en un tercer plano lo visualiza como el significado gramatical de las expresiones lingüísticas (por contraposición al significado que esas mismas expresiones puedan eventualmente tomar dentro de un contexto dado).

Las tres acepciones anteriores develan que en el criterio literal confluye el sentido inmediato, ordinario y gramatical tanto en el período antes del

⁵ La fijación semántica del sentido de la palabra adquiere una gran importancia cuando la palabra, como ocurre con cierta frecuencia es equívoca. Es equívoca aquella palabra cuyas posibles significaciones son varias, o dicho de otro modo, aquella que puede ser reflejo o suscitar ideas diferentes. La función de la interpretación se presenta entonces como una opción o decisión entre los diferentes sentidos posibles. Cfr. DIEZ Picazo, Luis, *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, Ed. Tecnos, 1995, p. 723.

⁶ IGARTUA Salaverría, Juan, *La interpretación literal*, [en línea], País Vasco, 2006, fecha de consulta: 17 de septiembre de 2013, disponible en: <http://derecho.isipedia.com/cuarto/derecho-civil-iv/13-la-sucesion-testamentaria-el-testamento>.

Código Civil francés como posterior a éste; de modo que si se identifica una diferencia entre uno y otro período reside en que, mientras en el primero se presumía que las situaciones de interpretación (duda, oscuridad, ambigüedad) iba a ser un fenómeno raro en la vida del derecho, en el segundo existe ya una experiencia práctica sobre la cotidianidad de la interpretación. Cabe hablar de interpretación con aplicación de criterio literal cuando el texto resulte dudoso o exista desacuerdo, habida cuenta será improcedente hacer uso del criterio cuando ya de inicio no existen dudas o desacuerdos sobre el significado literal de una disposición legal, en cambio ante imprecisiones en el sentido literal de disposiciones legales dudosas y controvertidas si habrá de ser empleado el criterio en cuestión.

¿Qué acontece si el criterio literal no es capaz por sí solo de resolver la duda o desacuerdo que se presente en la disposición legal? Habremos de abrirle brecha a otros criterios interpretativos (lógico, histórico y sistemático), de ahí la interrelación de los criterios interpretativos, y su empleo de forma escalonada, pues la preeminencia de uno con respecto al resto estará condicionando a si el criterio empleado en primer lugar resuelve o no la problemática que dio origen a la interpretación. La relevancia que a nuestro juicio impera en el uso del criterio literal se ciñe a la lectura del texto como punto de partida, razón que guía lógicamente al uso del criterio literal *prima facie*.

• Criterio sistemático

A través del criterio sistemático se relaciona la norma que se ha de interpretar con todas las que integran la misma institución jurídica, y cada institución con los demás, hasta llegar a los principios fundamentales del sistema, criterio de Puig Brutau.⁷ En la misma línea se encuentra Borda,⁸ quien arguye que las normas legales no deben interpretarse aisladamente, sino armonizándolas con las otras disposiciones de la misma ley; sólo así puede lograrse el recto significado de sus disposiciones. El criterio

⁷ PUIG Brutau, José, *Compendio de Derecho Civil*, Barcelona, Ed. Bosch, 1987, volumen I, p. 96.

⁸ BORDA, Guillermo A., "Reglas prácticas para la interpretación de la ley civil", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1951, p. 510.

sistemático (criterio de la conexión de significados), exige en primer lugar, prestar atención al contexto para la comprensión de todo discurso o escrito coherente.

El criterio literal constituye el punto de partida y, al mismo tiempo, determina el límite de la interpretación, pues aquello que está más allá del posible sentido literal, ya no es compatible con él aún en la más amplia de las interpretaciones, no puede valer como contenido de la ley. El criterio no es, por regla general, evidente, sino que deja margen para numerosas variantes de interpretación.

El criterio sistemático o la conexión de significado de las leyes es indispensable en cuanto a contexto para comprender el significado específico de un término o de una frase precisamente en este contexto textual. Además de ello, permite esperar que las diferentes normas de una misma regulación concuerden objetivamente entre sí. Así en caso de duda, la norma individual ha de interpretarse de modo que se garantice esa concordancia. La cuestión relativa a la conexión de significados conduce entonces a los criterios teleológicos, lo cual indica que la interpretación jurídica no debe fundamentarse en un único criterio sino en la combinación de todos. Se trata de entroncar el precepto jurídico en cuestión con el resto de los preceptos de una misma ley y de estudiar ésta en su conexión con el todo legislativo y con las ideas dominantes de la época.⁹

El criterio lógico–sistemático, sostiene Eduardo Maynez, tiene como fin desentrañar el sentido objetivamente válido de los textos legales, tal sentido no reside en la voluntad de los legisladores, porque la ley no vale como manifestación de un querer subjetivo, sino como norma de conducta.¹⁰

El criterio sistemático obliga a armonizar la interpretación, impide por ende el aislamiento de una disposición objeto de interpretación con relación al texto íntegro, de forma que si es insuficiente ha de extravasar fronteras, o sea confrontación interpretativa de esa disposición con el instituto que la

⁹ LEGAZ y Lacambra, Luis, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Ed. Bosch, 1978, p. 552.

¹⁰ GARCÍA Maynez, Eduardo, *Misión y límites de la hermenéutica jurídica*, Mexico, Dianoia, 1977, p. 294.

domina. La esencia de este criterio se fundamenta en el acople de la particularidad y generalidad interpretativa hasta llegar al sistema con un engranaje coherente para descifrar el significado que movió la arandela de la interpretación.

• Criterio histórico

El criterio histórico de conjunto con el criterio gramatical, el sistemático y el lógico son identificados como criterios tradicionales en la interpretación jurídica, pues desde su aparición han sido objeto de elogios y críticas en la actividad interpretativa. En repulsa a la Escuela de la exégesis y por valorar el método interpretativo de ésta en demasía pernicioso para la legislación, surge el criterio histórico para interpretar las leyes, acota Hernández Gil¹¹ que la característica general del criterio sería la de concebir la interpretación como un trabajo de adaptación de los preceptos positivos a las variaciones históricas de la vida. El método histórico - evolutivo sería, por tanto, un método elástico y dinámico que pretende adaptar la legislación y los conceptos jurídicos a las necesidades actuales de la vida, basándose en que una ley una vez dictada se objetiviza. Por ello la labor del intérprete no consiste en indagar la voluntad del legislador en el momento de elaborar la ley, sino en analizar históricamente la evolución jurídica y armonizarla con la evolución social.

En análisis de la visión de Hernández Gil sobre el criterio histórico, opina Ezquiaga Ganuza,¹² puede observarse que subyacen dos concepciones completamente distintas del papel que la historia debe desempeñar en la interpretación jurídica: una estática y otra dinámica. A la primera se adscribiría la Escuela histórica, que propugna como criterio para interpretar la legislación la tradición; a la segunda, el método histórico-evolutivo, que propugna como criterio para interpretar la legislación, la realidad social existente en el momento de aplicarla. Se aprecian, en definitiva, dos

¹¹ HERNÁNDEZ Gil, *Metodología del derecho de la Ciencia del Derecho*, España, Ed. Ugina, 1971, pp. 215 y ss.

¹² EZQUIAGA Ganuza, Francisco Javier, *La interpretación histórica*, [en línea], País Vasco, 2006, fecha de consulta 17 de septiembre de 2013, disponible en: <http://www.iuriscivilis.com/2009/04/la-interpretacion-del-testamento.html>.

propuestas diferentes sobre el papel que la historia debe desempeñar en la interpretación o bien como un instrumento conservador y continuista al servicio de la seguridad jurídica y del respeto a la voluntad del legislador; o bien como instrumento para la adaptación del derecho a los cambios de la vida social, al entenderse la historia como un proceso de cambio continuo.

Las posturas doctrinales en relación al fundamento de la interpretación histórica no son unánimes. Al discreparse abiertamente acerca de cuál debe ser el objeto de la indagación histórica: si la voluntad del legislador histórico que redactó el texto objeto de interpretación o la evolución de la regulación efectuada por el texto objeto de interpretación. Para quienes mantienen la primera posición, el elemento fundamental de análisis histórico son los trabajos preparatorios del documento normativo, mientras que para la segunda opinión el objeto de estudio es la regulación histórica de la materia de que se trate.

Advierte García Maynez,¹³ que el criterio histórico en lo que a interpretación concierne ha de verse en la órbita del derecho, enfatiza además que a quienes conciben la interpretación en la primera forma cabría llamarlos objetivistas; a quienes la conciben en la segunda subjetivistas. Los subjetivistas (Savigny, Windscheid, Bierling, Heck, entre otros) coinciden en la afirmación de que por sentido de los textos debe entenderse la voluntad del legislador o, para decirlo en forma más rigurosa lo que ésta quiso expresar. Para ellos se trata por consiguiente de esclarecer que fue realmente lo que quiso expresar por medio de las formas expresivas de que hicieron uso. El propósito del intérprete de acuerdo con este enfoque, es filológico–histórico.

La interpretación filológica según Gustav Radbruch,¹⁴ se dirige a la fijación de un hecho, a la determinación del sentido subjetivo pensado por un hombre real. El criterio histórico consiste a estos efectos de hallar el sentido de la norma (dudosa), en tener muy presentes sus antecedentes como son

¹³ GARCIA Maynez, Eduardo, *op. cit.*, nota 10, p. 293.

¹⁴ RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 147.

los anteproyectos, las deliberaciones previas. La invocación de los antecedentes históricos y legislativos tiene por objeto conocer a juicio de Díez Picazo y Gullón¹⁵ la problemática a la que la norma trata de dar una solución y el espíritu que anima a ésta, o dicho en otros términos, los criterios directivos para la resolución de las cuestiones a que debe su nacimiento.

Guastini¹⁶ realiza una distinción entre la interpretación histórica y la interpretación evolutiva. La distinción es la siguiente: a una disposición, o mejor dicho a una disposición relativamente lejana en el tiempo, a la que se le puede atribuir dos clases de significados; uno de los significados que le fue atribuido en la época de su creación, aquí no importa determinar si se trata del significado literal o distinto, o bien uno de los significados que la misma (disposición) es susceptible de adquirir en el momento en que es interpretada.

Pues bien, a esta distinción entre significados corresponde la siguiente distinción entre técnicas interpretativas. Se llama histórica aquella interpretación que adscribe a una disposición uno de los significados que le fueron atribuidos en la época de su creación, y se denomina evolutiva aquella interpretación que adscribe a una disposición un significado nuevo y distinto de su interpretación histórica.

Es ostensible que el criterio histórico se escinde en dos vertientes, la que asume que el objeto de la interpretación histórica es determinar la voluntad del legislador y los que entienden que la interpretación histórica debe concentrarse en la investigación de la evolución de la legislación. Este criterio con sus propias peculiaridades, tiene como mérito hacer un tracto histórico de lo que fue el trabajo u operación legislativa llevada a cabo por el legislador, siempre en busca de la *voluntas legislatoris*; apegarse a ciegas al criterio histórico puede acarrear inconvenientes y uno de ellos sería el poner freno al florecimiento propio de la disposición legal objeto de interpretación, así como limitar la actividad creativa del intérprete.

¹⁵ Díez Picazo, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Ed. Tecnos, 1975, volumen II, pp. 172 y ss.

¹⁶ Guastini, Ricardo, *Le fonti del Diritto e Interpretazioni*, Milano, Ed. Giuffrè, 1993, p. 384.

• Criterio lógico

Por interpretación lógica según Recasens Siches¹⁷ se ha entendido la que se hace guiada por la *ratio* de la norma. Por ello es necesario entrar en el ámbito de la razón para llegar a comprender de una forma correcta la norma en cuestión y el instrumento del cual nos valemos, es la lógica. Siendo del criterio este autor que el método de interpretación es uno solo; este solo método es el logo de lo razonable, o, si se prefiere llamarlo así el de la equidad. Podría hacerse referencia a una variedad de métodos de interpretación, cuando el jurista se siente obligado a legitimar la solución que estimaba como jurista, usando para ellos artificios de pseudo-lógica, los cuales presentan su decisión como de estricto acuerdo con la ley, aunque tal acuerdo no resaltase a primera vista como evidente. Entonces, el juez pensará en cuál sería la decisión justa y después ensayará cuál de los métodos tradicionalmente registrados podía ser aducido para la puesta en escena de la sentencia, como el método que había llevado una decisión.

El criterio lógico resalta la razón como núcleo de la interpretación, a través de pasos concatenados. Los criterios interpretativos hasta aquí analizados muestran la fuerza que en sí revelan ante la actividad interpretativa en el derecho. Y ratificamos nuestra filiación con su uso no indiscriminado a manos del intérprete, pues puede darle mayor prevalencia al que a primera vista decida tener en cuenta para iniciar la actividad de interpretación con cierto rezago del resto. En la actualidad se habla de una vuelta al *iusnaturalismo* como corriente filosófica, que sustenta en alguna medida la inexistencia del método interpretativo jurídico y la no jerarquización de

¹⁷ RECASENS Siches, Luis, *Criterios interpretativos*, cit. pos. VILLAR Palasí, José Luis, *La interpretación y los apotegmas jurídicos – lógicos*, Madrid, Ed. Tecnos, 1975, p.15. RECASENS sostiene que el juez tenía que ir ensayando uno por uno aquellos pseudo métodos de interpretación, para ver cual entre ellos podía ser presentado como el camino que condujo a la solución satisfactoria. A juicio de este autor, el ejercicio del logos de lo razonable o de lo humano y su especificación en la equidad podía ser presentado como el camino que condujo a la solución satisfactoria. VILLAR Palasí, se ubica en la misma línea de KARL Larenz, al concebir la interpretación como un conjunto abierto que contiene un número indefinido de sus instrumentos y subinstrumentos interpretativos; así para el segundo el intérprete siempre le va a quedar un margen de libre enjuiciamiento dentro del cual son defendibles diferentes resoluciones, del intérprete se ha de exigir que tenga en cuenta los diferentes criterios de interpretación y que fundamente porqué considera a uno de ellos decisivo.

los criterios de interpretación.¹⁸ Arthur Kaufmann,¹⁹ afirma con cierta coincidencia en el planteamiento anterior que el jurista dispone de una pluralidad de criterios interpretativos y goza de libertad para elegir entre ellos, sin que exista ninguna jerarquía preestablecida, continúa diciendo que consecuentemente el jurista escoge el método interpretativo que mejor convenga para hallar la solución correcta, de forma que la elección del criterio metódico será posterior a la decisión. Mantiene, no obstante, que los cánones tradicionales de Savigny no carecen de todo valor en la medida que no pretendamos aplicarlo rígidamente.

Tanto Esser como Kaufmann marcan una vuelta al *isunaturalismo* al sustentar en sus argumentos la ausencia inevitable de un método seguro, siendo preciso recurrir a las exigencias del caso o la naturaleza de la cosa. Giuseppe Zaccarà²⁰ adopta una posición similar al afirmar que los criterios

¹⁸ JOSEF ESSER plantea que existen además otros criterios interpretativos diferentes a los expuestos por SAVIGNY que tampoco pueden ser jeraquizados para establecer los pasos sucesivos de la interpretación, se habla así de criterios como la corrección, racionalidad, la consideración de las consecuencias. Asume la imposibilidad de controlar metódicamente la decisión, mostrando preocupación por evitar la arbitrariedad o el puro causimo. Para alcanzar esa racionalidad no metódica el autor demanda la presencia de varios controles, por una parte el de corrección racional del resultado, relacionado con la exigencia de hacer aceptable ese resultado a las partes (ciudadanos); por otra la necesidad de compatibilidad, que atiende al encaje de esa decisión justificada dentro del derecho positivo. La primera garantía nace de la precomprensión, un concepto grato a la hermenéutica, parece entenderlo como el contexto u horizonte en el que se mueve el intérprete, aunque sin identificarlo con meras tomas de posición ideológicas o sentimentales. Cfr. RODRIGUEZ Puerto, Manuel Jesús, "Métodos de interpretación, hermenéutica y Derecho natural", *Revista Dikaion*, Chía, Colombia, volumen 19, núm. II, p. 329, octubre-diciembre 2010.

¹⁹ ARTHUR Kaufmann, habla de la existencia de otros criterios interpretativos además de los tradicionales, y los apuntados por ESSER, consistentes en la equidad, la justicia y la seguridad jurídica, los que a su entender desempeñan una rol preponderante en la labor interpretativa. Se arguye que las reflexiones filosóficas de este autor se encuentran matizadas por las concepciones de su maestro GUSTAV Radbruch, a partir de los años sesenta comienza a experimentar influencia de la filofragadameriana. ANDRÉS Ollero es otro de los autores que no confía en los métodos al momento de interpretar las normas, debido a que la interpretación es una operación existencial cotidiana que no puede recluirse exhaustivamente en los moldes de una técnica. Esta comprobación no significa que los métodos sean completamente inútiles, ya que pueden servir para controlar en cierto modo la amenaza de subjetividad siempre presente en la interpretación jurídica. Niega la posibilidad de jerarquizar los criterios de interpretación, pues el jurista los selecciona según las peculiaridades del problemay la justificación del resultado. *Ibidem.*, p. 330.

²⁰ Valora que todos están en un mismo plano y son adoptados según las circunstancias de hecho y el tipo de texto que se ha de interpretar, razón por la que tiende a la literalidad textual. Explica que todo texto jurídico tiene tres dimensiones, la literalidad, la intencionalidad, y el contexto. La literalidad debe ser el aspecto básico al que debe atender la interpretación, ubicándole así en primer nivel. *Ibidem.*, p. 334.

interpretativos son útiles para realizar argumentativamente la decisión interpretativa, pero no son capaces de determinarla mecánicamente, ni de proporcionar fundamentos rígidos para decidir de modo taxativo entre los criterios en conflicto, razón por la que a su entender es imposible establecer una jerarquización entre los cánones de interpretación.

Nótese el escepticismo imperante en esta corriente filosófica con relación al empleo del método y la jerarquización de los criterios interpretativos, si bien es cierto que el apego en exceso a la metodología en sentido general para resolver cuestiones sobre interpretación, puede provocar acentuados tecnicismos en su solución, también es proclive a desencadenar un debilitamiento en la racionalidad jurídica si no se emplea.

La jerarquización de los criterios interpretativos aunque se niegue a juicio de los filósofos enunciados, resulta ambivalente pues desde el momento en punto que se parte del propio texto, estamos en presencia de la utilización del criterio literal como base y con ello seguimos la postura de Zaccaría para realizar la interpretación, vista como el primer peldaño de la escalera; no creemos que todos los criterios de interpretación se encuentren situados en un mismo plano, pese a no ser puntualizado por Savigny. Los criterios se desenvuelven frente a la interpretación como argumentos laudables, donde será inevitable recurrir a reglas de preferencia, en las que se determina la prevalencia de un criterio sobre otros. Con ello acentuamos que aun y cuando es la peculiaridad de los problemas jurídicos en concreto, la que conlleva a la aceptación de los criterios interpretativos no podemos desdeñar el uso ni del método, ni la jerarquización de los criterios de interpretación.

El análisis de estos criterios interpretativos apuntalan y coadyuvan a nuestro juicio la interpretación de los actos jurídicos, aunque resulta innegable que estos actos jurídicos cuentan con sus características y especificidades que lo hacen merecedores de otros criterios de interpretación dígame subjetivos u objetivos; no obstante por la trascendencia e importancia que poseen a manos del intérprete los referidos con precedencia, es que tuvimos a bien iniciar con su estudio, a fin de que pueda comprenderse la fase exacta

donde despliegan sus efectos dentro de la interpretación de los actos jurídicos, en especial en la interpretación de las declaraciones de última voluntad.

II. Métodos de interpretación de los actos jurídicos como baremo dúctil en la actividad interpretativa

Los métodos pueden recabarse, en orden abstracto del problema que al intérprete se le plantea en relación con el modo en que ha sido manifestada la declaración o del comportamiento a interpretar. Deduciéndose los métodos también del punto de vista que debe adoptar con respecto al centro de relevancia hermenéutica propio del negocio considerado.

Emilio Betti,²¹ distingue varios métodos de interpretación dentro de los cuales resalta:

- a) Interpretación psicológica (subjctiva) y a ella contrapuesta, una interpretación técnica (objetiva).
- b) Interpretación individual y como antitética una interpretación típica.
- c) Interpretación en función reconocitiva y como contrapuesta a ella una interpretación integradora.

Psicológica, se califica a la interpretación dirigida a investigar en objetivación del espíritu la *mens* del que la ha actuado, según los cánones hermenéuticos de la autonomía y de la totalidad. La interpretación técnica en cambio, es aquella interpretación dirigida a replantearse el problema en la anterior, indagando la solución independientemente de la conciencia refleja que haya podido manifestarse en su autor encuadrándola, en el caso de un contrato, no ya en la totalidad individual de ambas partes, sino en la totalidad del ambiente social, según el punto de vista corriente en torno a la autonomía privada.

²¹ BETTI, Emilio, *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos trad.pos.*, José Luis de los Mozos, Madrid, Ed. Revista de Derecho privado Reunidos, 1975, p. 361.

El paso de la interpretación psicológica a la orientación técnica de la interpretación presupone que con la primera, el intérprete no acierta a reconstruir el precepto de la autonomía privada, al menos completamente para deducir de ello una exhaustiva regulación de intereses, en todo punto y bajo todo aspecto. Un valor distinto al antes analizado, subyace en la distinción entre interpretación individual e interpretación típica. Mientras la diferencia de orientación y de problema hermenéutico entre dos criterios contrapuestos supone una diferencia en los resultados a los que interesa llegar (el significado que responde al entendimiento concreto de las partes, o el significado que se encuadra en el ambiente social y en los puntos de vista en él habituales), la diferencia entre dos criterios antitéticos concierne a los medios interpretativos a utilizar para fijar el contenido del negocio.

La interpretación individual parte del criterio de considerar declaraciones y comportamientos en su específica corrección y de atribuirles un significado dependiente, en cuanto posible, del particular modo de ver en ella manifestado y en las situaciones y relaciones existentes entre las partes en concreto, teniendo en cuenta las circunstancias individuales del caso. La interpretación típica parte, en cambio, del criterio de clasificar por tipos o clases de declaraciones y los comportamientos, teniendo en cuenta el género de circunstancias en que se desenvuelven y a que responden, atribuyendo a cada uno de estos tipos un resultado uniforme, sin tener en cuenta aquella que en el caso concreto puede ser efectiva y diversa en opinión de las partes.

La interpretación en función reconocitiva y en contrarresto la interpretación integradora, presentan un valor diverso frente a los dos métodos de interpretación argüidos precedentemente, siendo erróneo identificar la interpretación integrativa con la interpretación técnica (objetiva); habida cuenta la interpretación técnica puede a veces conducir al resultado de calmar lagunas del contrato, así en los negocios *inter vivos* dirigidos a componer un conflicto de intereses entre las partes, una interpretación en función integradora no puede asumir otra orientación que la indicada para la interpretación técnica, lo que se deduce de la evidente reflexión según lo que las partes fuesen llamadas a indicar como directrices en pos de

calmar las lagunas del negocio; llegándose así a encontrados puntos de vista, pues cada una tendería a orientarse hacia el propio interés individual en conflicto con el de su contraparte.

Ocurre distinto en la categoría de negocios *mortis causa*, en éstos el problema hermenéutico planteado por eventuales lagunas del negocio, tiene lugar en términos esencialmente diversos. Que la ausencia de conflicto entre las partes de la relación sucesoria y la exigencia de actuar, por lo que sea más comúnmente reconocible socialmente, en relación con la *mens* del disponente, se explica la interpretación integradora ateniéndose a una reconstrucción conjetural del propósito del disponente, aunque no tenga un valor completo y exhaustivo.

Los mantenedores del dogma de la voluntad identifican como bien expresa Ferri,²² la voluntad negocial con la voluntad subjetiva de los autores del negocio; reducen la primera a la segunda, negando explícitamente que el negocio jurídico pueda contener otra voluntad que no sea la interna o psicológica de los sujetos. Hacen de la voluntad subjetiva, es decir, de la voluntad como acontecimiento psíquico, el elemento esencial del negocio jurídico y no ven en él ninguna voluntad normativa u objetiva. Los que se afilian al dogma de la declaración hay que objetarles que el negocio jurídico no es únicamente declaración, es decir palabras, y que no puede degradarse a mera forma externa. Tiene en todo caso un contenido, un significado propio, una realidad interna que está bajo o dentro de la declaración. Este contenido, esta realidad interna es la voluntad negocial.

Otro de los aspectos relevantes en materia de interpretación de los actos jurídicos lo constituye la cuestión de hecho y la cuestión de derecho; expresa

²² Cuando afirman que debe prevalecer la voluntad sobre la declaración, no piensan en lo absoluto en una voluntad objetiva, sino únicamente en la voluntad real de las partes. La antítesis que creen que tienen que resolver no es la que se establece entre la declaración, o sea, la forma o la letra del negocio jurídico y su significado (objetivo) no literal, su espíritu, sino que es la antítesis entre la declaración y la voluntad real o subjetiva de las partes. Entienden que la declaración sirve sólo de vía o vehículo para llevar al exterior una voluntad subjetiva. Se preguntan constantemente qué es lo que han querido las partes, qué es lo que ha querido el testador y/o cuál es el significado objetivo de esta cláusula contractual, o de aquella disposición testamentaria. *Cfr.* FERRI, Luigi, *La autonomía privada trad.pos* MENDIZABAL, Sancho Luis, Madrid, Ed. Revista de Derecho privado, Edersa, 1969, pp. 165-167.

Castán Tobeñas,²³ que en la interpretación se ha de distinguir de un lado la fijación de los hechos, y de otro la aplicación de la norma, o sea, la obtención de la consecuencia jurídica por subsunción de los hechos bajo la ley. Dentro de la cuestión de hecho, distingue Federico de Castro y Bravo,²⁴ entre el establecimiento de los datos y el sentido negocial de los mismos. Labor previa a la interpretación será la de fijar cuáles son los hechos que han de interpretarse. Por lo tanto se está en un período de pruebas o comprobación de datos, en cambio hallar el sentido negocial de los datos es la tarea propia de la interpretación. Se trata de averiguar el propósito de la conducta del declarante o declarantes.

Erich Danz²⁵ afirma, que los elementos de hecho en los negocios jurídicos consisten en la declaración de voluntad de los particulares. En los negocios jurídicos se interpretan, se aclaran las declaraciones de voluntad de los particulares, las palabras habladas o escritas que constituyen los elementos de hechos de los negocios jurídicos; en todos los demás hechos no constitutivos de negocio jurídico sólo se interpretan las declaraciones de voluntad del legislador. La interpretación de la declaración de voluntad en los negocios jurídicos nos dice ya los efectos del mismo.

Según este autor, las circunstancias del caso concreto son muy importantes para la exacta interpretación, puesto que dan a las palabras o a la conducta de las partes, que en el caso concreto representan la declaración de voluntad la significación que en sí encierra. Pues tan pronto como se deje sin aclarar un solo punto que pertenezca a las circunstancias del caso y por tanto, no se tenga en cuenta la interpretación, cambiará el sentido resultante y dejará de corresponder a la verdadera situación, y como los efectos jurídicos de las declaraciones de voluntad responden a su sentido, de ello resultará un efecto jurídico falso.

²³ CASTÁN Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, ed. revisada por José Luis de los Mozos, Madrid, Ed. Reus, 1984, volumen V, tomo I, p. 881.

²⁴ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Fuentes del Derecho e interpretación jurídica*, Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1958, p. 75.

²⁵ DANZ, Erich, *La interpretación de los negocios jurídicos*, obra adaptada por Francisco Bonet Ramón, Ed. Revista de Derecho privado, Edersa, Madrid, 1955, p. 70.

Nótese el ligamen entre los tipos de interpretación referentes a los actos jurídicos y los métodos de interpretación que le son aplicables en busca de la *mens* de quien ha manifestado su voluntad y requiera ser interpretada, se conjuga así el criterio interpretativo más el método a emplear en relación a la clase de interpretación de que se trate. Saber con claridad cuáles serán los hechos objetos de interpretación, permite su encuadre dentro de la norma aplicable, como condición previa a la interpretación. El rol que desempeñan los criterios de interpretación jurídica y los métodos de interpretación cuando sea necesario interpretar disposiciones de última voluntad en ausencia de su autor será objeto de mira como expondremos a continuación.

III. La interpretación del acto jurídico testamentario en particular. Conceptos, principios rectores y teorías acerca de su construcción jurídica

La interpretación contractual y en sentido general la de los negocios jurídicos *inter vivos*, está guiada no sólo por el principio de la voluntad, sino también por el de la confianza y la autorresponsabilidad que implican fuertes desviaciones o restricciones, del pretendido y único dogma voluntarístico, llegando a imponer en no pocos casos un significado objetivo.²⁶ Vale insistir que la voluntad²⁷ juega un rol indispensable tanto

²⁶ Cfr. CARIOTA - Ferrara, *El negocio jurídico*, traducción española, con notas de adaptación de ALBALADEJO, Manuel, Madrid, s.e., 1956, pp. 52 y ss. y 612 y ss. Las diferencias entre la interpretación contractual y la interpretación del testamento son comentadas por Elorriaga de Bonis quien refiere que en materia contractual el negocio que se ha otorgado no es el fruto de la voluntad de una sola persona. En el contrato convergen los intereses de dos o más partes que a su vez, pueden estar constituidas por una o más personas. En estos negocios, normalmente, los intereses son antagónicos o contrapuestos, ya que la intención del que quiere vender o dar en arriendo es claramente distinta de quien quiere comprar o tomar en arriendo. Ello determina que en la interpretación contractual debe establecerse la "intención de los contratantes". Habrá que buscar la voluntad común que ellos tuvieron al contratar. Nada de esto ocurre en los testamentos. En ellos sólo existe la voluntad de una persona, ya que se trata de un negocio unipersonal y subjetivamente simple. Esto determina que la única voluntad que debe buscarse es la de esa persona. En él no podrán existir intereses contrapuestos o antagónicos, ni siquiera convergentes al estilo de lo que acontece en los contratos. *Vid.* ELORRIAGA de Bonis, Fabian, *Derecho de Sucesorio*, 2ª. Ed. actualizada, Santiago de Chile, Ed. Abeledo Perrot, 2010, pp. 255 y ss.

²⁷ La voluntad en el testamento es de la máxima relevancia. Si bien es un elemento consustancial a todos los negocios jurídicos en el caso del testamento tiene la importancia anexa de constituir la última voluntad de la persona para que tenga pleno efecto después de sus días. De ello deriva

en los actos jurídicos *inter vivos* como en los *mortis causa*, no se puede prescindir de ésta en tales actos, toda vez que entraña lo querido por el sujeto en términos simples, aunque resulte un principio sobre el cual se han tejido las más diversas concepciones y teorías; sin que resulte tarea fácil interpretar la voluntad de quien ya no existe ante determinados conflictos.

¿Cómo conocer su verdadera intención? ¿Por qué suele primar el principio de la voluntad real sobre el principio de la voluntad declarada? Tales interrogantes operan como conector indisoluble en la interpretación del acto jurídico testamentario y las respuestas nos mostrarán la brújula para direccionar el proceso interpretativo de igual naturaleza.

Existe coincidencia en la doctrina, de que la interpretación testamentaria debe orientarse únicamente por la *mens testantis*.²⁸ Donde impera la teoría subjetiva²⁹ de la interpretación de las últimas declaraciones de voluntad. Betti, precursor de la teoría preceptiva del negocio jurídico, concebido no como declaración de voluntad, sino como autorregulación de intereses reconoce al decir del autor Jordano Barea la diferencia en el tratamiento según sea la interpretación, pues depende de la sede en que se desarrolle, califica como punto de relevancia hermenéutica, sin resultar idéntico su significado en los negocios jurídicos *inter vivos* marcados por una

el que no pueda haber dudas respecto de la intención y claridad de esta declaración. Dado el fallecimiento del otorgante, no existe la posibilidad de que aquél aclare o precise el alcance de esta voluntad. Por ello para que las asignaciones testamentarias tengan valor, es necesario que exista voluntad y que ésta se encuentre libre de vicios. *Cfr.* ELORRIAGA de Bonis, Fabian, *op. cit.*, nota 26 *in fine*, p.167.

²⁸ Autores como Emilio Betti, Jordano Barea, Cariota- Ferrara, Mosco *et al*, figuran entre los exponentes que afirman que la interpretación testamentaria ha de seguirse teniendo en cuenta la voluntad e intención del testador. *Cfr.* CARIOTA- Ferrara, *op.cit*, nota 26, p.58.

²⁹ La doctrina científica distingue dos tipos de interpretación de contratos, a los que llama respectivamente interpretación subjetiva e interpretación objetiva. La primera tiende a buscar la voluntad o intención común de las partes (*voluntas spectanda*). Es una interpretación histórica del contrato, persigue una reconstrucción del pensamiento, de la intención y del propósito de los autores de la regla contractual. Con este tipo de interpretación se parte de la búsqueda de la intención de los contratantes, con prevalencia de esta la literalidad de los términos empleados en el contrato. La segunda en cambio, es aquella operación que trata de eliminar las dudas y ambigüedades de la declaración contractual atribuyéndole un sentido y un significado obtenido a través de criterios objetivos, con independencia de lo que los declarantes pudieran querer. *Vid.* COLECTIVO DE AUTORES, *Derecho de Contratos, Teoría General del Contrato*, La Habana, Ed. Félix Varela, 2003, tomo I, pp. 234 y ss.

interpretación objetiva, e interpretación subjetiva al versar sobre negocios jurídicos de última voluntad.³⁰

La distinción en la interpretación de los negocios jurídicos *inter vivos* y la interpretación de la declaración de última voluntad, estriba en el fundamento técnico-jurídico que abraza la primera y orienta a su vez la actividad interpretativa testamentaria, dígase el principio de la *voluntas spectanda*. En base a este principio giran disímiles argumentos que funcionan como guía en la actividad interpretativa testamentaria, de obligado comentario en firme distancia cuando de interpretación de negocios *inter vivos* se debate, así ubicamos los siguientes aspectos:

• La gratuidad del testamento

A consideración de diversos autores los negocios jurídicos lucrativos han de interpretarse de acuerdo a la voluntad del disponente que concedió gratuitamente un beneficio patrimonial a favor de otro, al servirse de la interpretación subjetiva en supuestos de duda siempre tendrá una posición privilegiada aquél que otorgó el beneficio o disponente, analizándose en detalles la voluntad real del declarante.³¹ Otros estudiosos de los negocios jurídicos *inter vivos* y *mortis causa* disienten de la anterior postura al negar la gratuidad del testamento como declaración de última voluntad en casos concretos como la *hereditas damnosa* y del legado gravado que agota el valor del suyo.³²

Pese a que la institución de herederos y la asignación de legados tienen elementos propios de toda atribución lucrativa (causa gratuita y enriquecimiento), aún en raros supuestos la absorción completa de la atribución por efecto de las cargas, deudas o legados sobreviene como consecuencia de un desplazamiento posterior de valores o por otras causas

³⁰ JORDANO Barea, Juan B., *Interpretación del testamento*, Barcelona, Ed. Bosch, 1958, p. 94.

³¹ Cfr: TITZE, *Die Lehre vom Misseverstandniss*, Berlín, 1910, pp. 94 y ss; DANZ, Erich, *op. cit.*, nota 25, pp. 281 y ss y 336 y ss; COVIELLO, *Manuale di Diritto civile italiano*, Milán, s.e., 1915, p.371; BUTTERA, *Della simulazione nei negozi giuridici*, Turín, s.e., 1936, p. 16.

³² ALLARA, *La successione testamentaria*, Turín, s.e., 1944, V.I, p. 39.

ex lege, sustrato que expone Mosco³³ para ratificar la gratuidad del testamento. Véase como gran parte de la doctrina³⁴ correlaciona la gratuidad de los negocios jurídicos incluyendo los *inter vivos* con la aplicación de la teoría subjetiva de la interpretación, pero no es del todo así, pues determinados tipos contractuales gratuitos³⁵ pueden asimilar una mixtura en la interpretación dígase objetiva y subjetiva, pues vale preservar el contrato ante determinados aspectos subsanables por duda o ambigüedad que declararlo del todo ineficaz, para los contratos gratuitos suele denominarse transmisión mínima de derechos e intereses, o sea al aflorar la duda resolver la cuestión en ventaja de quien otorgó el beneficio.

Con este aspecto se intenta explicar, que la gratuidad del testamento amerita sea resuelto el conflicto de interpretación del testamento, con apoyo en la teoría mixta de interpretación de los actos jurídicos, y siempre favorable al sujeto que emitió la declaración (testador), lejos de toda onerosidad.

• La no receptibilidad del testamento

El testamento es un negocio unilateral no recepticio y por ende no encaminado a suscitar la confianza en otra parte o declaratario, de modo que es lógico se le atribuya el poder de decisión en materia de interpretación al declarante (testador) con estigma subjetivo, acontece que la no receptibilidad del testamento deviene como principal fundamento del principio de *voluntas spectanda* que prevalece en la doctrina.³⁶

Jordano Barea, considera inconsistente el argumento anterior al expresar que si el tratamiento diferenciado que recibe la interpretación de las declaraciones de última voluntad dependiera de la naturaleza de negocio unilateral no recepticios igual tratamiento debería regir para la categoría

³³ Vid. Mosco, *Onerosità e gratuita degli atti giuridici*, Milán, s.e., 1942, p. 354; *Principi sulla interpretazione de negozi giuridici*, Nápoles, s.e., 1952, p.128.

³⁴ Se ubica dentro de ésta, Ossorio - Morales, Mosco, Pérez González , Alguer, Albaladejo *et al.*

³⁵ Se refieren a tipos contractuales como la donación y el comodato, donde la gratuidad le es consustancial.

³⁶ Cfr. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 3ra. Ed., Milán, 1947, p. 372; CICU, *Il testamento*, Milán, 1945, pp. 152 y ss; ESPIN, *Manual de Derecho civil español*, Madrid, s.e., 1957, volumen V, p. 237 y ss; Royo Martínez, *Derecho sucesorio mortis causa*, Sevilla, s.e., 1951, p.77.

de los actos unilaterales no recepticios *inter vivos*, cuya interpretación fuese exclusivamente subjetiva cuando en la realidad no ocurre de esa manera.³⁷ Sigue expresando que el acto unilateral *inter vivos* no dirigido a persona determinada sea idóneo para suscitar la confianza en la apariencia jurídica creada por el declarante. Un acto de esta naturaleza está siempre abocado a originar una confianza más extensa, por ser mayor el círculo de personas a quien pueda interesar, por ejemplo la promesa pública de recompensa, de una oferta al público, o de un concurso con premio donde el destinatario está siempre indeterminado.

Como pauta a seguir en las relaciones entre particulares se encuentra el principio de buena fe prevalente no sólo en el ámbito contractual, sino en arenas de los negocios patrimoniales *inter vivos* sean estos unilaterales o bilaterales no recepticios, por la simple razón de que en tales negocios surgen expectativas, otorgamiento de confianza, exigencias de seguridad, y por tanto deberes de vigilante conducta para el declarante. A juicio del autor citado, no se puede sostener que un negocio unilateral *inter vivos* de carácter no recepticio se sustraiga en sede hermenéutica a la regla fundamental según el principio de la buena fe, que por exigencias de la circulación y tráfico y por la necesidad de tutelar la expectativa creada en quien legítimamente confía en la declaración ajena, limita el libre juego de una interpretación subjetiva, llegando a su total eliminación por imponerle a sí los principios de confianza y autorresponsabilidad derivados ambos de la *bona fides* en sentido objetivo. No resulta loable identificar el acto de última voluntad con el negocio unilateral no recepticio *inter vivos* por lo que mira a su interpretación convirtiendo lo que es una cuestión de contenido en una mera cuestión de forma.³⁸

La no receptibilidad del testamento, vemos como es contrastada con los actos unilaterales *inter vivos* en busca de una analogía interpretativa. Los actos unilaterales *inter vivos* al momento de su interpretación no siguen una teoría subjetiva de la interpretación, sino objetiva. Es plausible negar la no receptibilidad del testamento, pues las declaraciones de última voluntad

³⁷ JORDANO Barea, Juan B., *op. cit.*, nota 30, p. 23.

³⁸ *Ibidem.*, p. 24.

no tienen como propósito atraer la confianza y la autorresponsabilidad en sus destinatarios con sustento en el principio de la buena fe.

• El testamento como medio de conocimiento, no de vinculación

Sin encontrar claridad en el fundamento de la gratuidad del testamento y la no receptibilidad del mismo como pilares del principio de la *voluntas spectanda* que conduzca a una indubitada interpretación subjetiva de la declaración de última voluntad, otros tratadistas indagan en un fundamento técnico-jurídico del principio en debate.

La declaración testamentaria se dirige en voz de Röver fundamentalmente a ser conocido de los sobrevivientes la última voluntad del declarante "*Das Testament ist nur ein Erkenntnis smittel*" al paso que las declaraciones *inter vivos* (sobre todo las contractuales) funcionan como medio de vinculación (*als Bindemittel*) y como tales deben ser jurídicamente tratadas.³⁹ En similar orden Winscheid afirma que las disposiciones de última voluntad están en principio destinadas no tanto a atribuir alguna cosa a alguien sino a regular el destino *post mortem* del patrimonio del declarante.⁴⁰

Al dilucidar la idea de Röver afirma Ferrer Correia que, por el testamento el testador no pretende someterse aún vínculo, no promete seguir en lo futuro esta o aquella conducta; por ello no se propone, en vía principal fundar la confianza de otras u otras personas en la firmeza de una promesa que él, en realidad no lo hace. Aquí el declarante pretende únicamente revelar su voluntad a fin de que por su muerte sea dado a su patrimonio el destino íntimamente deseado por él. Quien dirige a otro una declaración de donación se propone, ante todo, llevar al futuro donatario a fundar la confianza de un beneficio patrimonial que le será más tarde atribuido; persigue originar en el espíritu de éste la expectativa de una prestación. Al contrario, la voluntad de quien hace un testamento se dirige principalmente

³⁹ RÖVER, *Die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen*, 1874, *cit.pos.* FERRER CORREIA, *Erro e interpretacao na teoria do negócio jurídico*, Coimbra, 1955, p. 266.

⁴⁰ WINSCHIED, *Willes und Willenserklärung*, Leipzig, s.e., 1878, p. 8.

y desde luego a un resultado inverso: a la efectiva distribución *post mortem* entre ciertas personas y en determinada medida. Se comprendería pues que al declarante no le sea aquí imputada una responsabilidad por sentido objetivo de su declaración.⁴¹

La fundamentación de Röver se aparta a estima de Barea de lo que realmente constituye el fundamento técnico-jurídico del principio *voluntas spectanda*, en tanto la afirmación dogmática de que la declaración testamentaria se destina en síntesis a dar a conocer la voluntad del declarante, ello no esclarece el problema, en tanto las declaraciones *inter vivos* persiguen también ese fin, y pueden a consideración de la doctrina dominante valer con un sentido distinto de la voluntad real o envuelve una verdadera petición de principio, dando como resuelta la cuestión que precisamente se pretende solucionar, de forma que sigue latente saber el por qué la declaración de última voluntad del testador ha de interpretarse según su verdadera intención.⁴²

Valorar al testamento como medio de conocimiento y no de vinculación, no trasmite de forma indubitada que la declaración de última voluntad deba ser interpretada de acuerdo a la verdadera intención del testador. Pues no se trata de una mera declaración de voluntad y su conocimiento, en tanto los actos *inter vivos* suelen dar a conocer declaraciones y no por esa razón se inclinan a demostrar la real voluntad de las partes.

• La imposibilidad de renovación del testamento

En los negocios jurídicos *inter vivos* existe una razón decisiva que a decir de Ferrer Correia el hecho de que la interpretación imponga un sentido distinto al de la voluntad real, no priva que el declarante pueda por otra vía ordenar de nuevo el negocio acorde a su verdadera voluntad; se dispensa así que el declarante le sea lícito impugnar el negocio en base al error sufrido en la declaración, pues la anulación, que en principio significa un retorno a la situación vigente al momento de la declaración le confiere, de

⁴¹ FERRER CORREIA, *op. cit.*, nota 39, pp. 258 y ss.

⁴² JORDANO Barea, Juan B., *op. cit.*, nota 30, p. 27.

manera ordinaria, la posibilidad de realizar todavía mediante nueva operación negocial el intento primeramente malogrado. La anulación de la declaración testamentaria no posee la misma virtud, una vez muerto el testador ya no puede volver sobre su anterior voluntad, el resultado positivo que se liga a la anulación del testamento (sucesión *ab intestato*) no siempre se inspira en la voluntad del declarante. En estas circunstancias el único medio de respetar la voluntad del declarante consiste en orientar directamente la interpretación del testamento.⁴³

Ferrer Correia, sustenta la interpretación subjetiva del testamento en la imposibilidad de renovarlo luego de acontecer la muerte del testador. O sea, aún y cuando el testamento se impugne en mérito de la declaración del testador contra esta impugnación no cabe la renovación como solución, a diferencia de los negocios *inter vivos* donde si es asimilable esta variante. Lange, distingue la disposición de última voluntad con el negocio jurídico *inter vivos* en la imposibilidad de una nueva disposición cuando es impugnada. Esto y la consideración de que el testador ha manifestado su voluntad de excluir la sucesión intestada motivarían que la interpretación subjetiva tenga en materia de testamento un campo de mayor aplicación que el de los negocios jurídicos *inter vivos*.⁴⁴

La crítica a este fundamento se constriñe a que la imposibilidad de renovación del testamento sólo justifica la particular amplitud de aplicación que en esta materia encuentra el principio de conservación y supervivencia de un especial *favor testamenti*.⁴⁵ Pero el principio de conservación por sí sólo podría hacer prevalecer en el campo interpretativo una voluntad distinta de la real en aras de la conservación del negocio.⁴⁶

⁴³ FERRER Correia, *op. cit.*, nota 39, p. 260.

⁴⁴ LANGE, *Das Recht des Testaments*, Tubinga, s.e, 1937, p. 109.

⁴⁵ Este principio interpretativo a estima de PÉREZ Gallardo está subordinado al principio de *voluntas spectanda*, de manera que, aunque la fórmula ambigua pueda tener objetivamente un significado, si una indagación subjetiva guiada por la voluntad (real o hipotética) demuestra que dicho significado no es atendible desde el punto de vista del testador, no se podrá acudir al principio del *favor testamenti*, resultando ineficaz el testamento. *Cfr.* PÉREZ Gallardo, Leonardo B, *Derecho de Sucesiones*, La Habana, Ed. Félix Varela, 2004, tomo I, p. 245.

⁴⁶ JORDANO Barea, Juan B., *op.cit.*, nota 30, p. 29.

En expresión del mismo autor, la idea puesta a la luz por Ferrer Correia, fue vista desde otro ángulo por sistemas jurídicos como el alemán, donde se establece un régimen de relevancia mucho más amplio que el contenido en el Código Civil español,⁴⁷ también aplicable a esta clase de error.

El declarante *inter vivos* se ve muchas veces imposibilitado de volver al *statu quo*, mediante la anulación de su declaración y su renovación posterior, lo que no significa que se dejen de interpretar los negocios jurídicos *inter vivos* en los casos de irrelevancia del error en la declaración, siguiendo el único criterio directivo de la búsqueda real de su autor.

⁴⁷ Los artículos 772 y 773 parecen claros, en sentido contrario basta la certeza de la voluntad dispositiva, siempre que encuentre algún reflejo en el testamento, para que se la pueda considerar eficaz, más allá del error y por encima de él. La voluntad testamentaria, siempre que sea reconocible y cierta, despliega en derecho su propia eficacia; aun cuando haya sido errónea o inexactamente expresa. Si por consecuencia del error resulta incognoscible, dudosa o incierta, quedará ineficaz. He aquí, en sustancia, el régimen del error impropio en el testamento. La ley lo toma en consideración, no para permitir la impugnación de la declaración lo que no serviría a la *voluntas testantis*, sino para, a través del conjunto de la misma declaración, y superado por la interpretación el error designativo (falsa *demonstratio non nocet*), hacer valer la voluntad, suficiente, aunque inexactamente manifestada. No debe, a partir de aquí, afirmarse que el error obstativo sea irrelevante en materia de testamento; más bien habrá de decirse que se le concede la relevancia que justamente le corresponde. Detectado y apreciado el error de expresión, se abandona el sentido que impondría la literalidad de la declaración para dar cauce a la eficacia de la voluntad real, exenta de vicio en su formación, pero erróneamente manifestada. Confluyen, evidentemente, en este régimen tanto la peculiaridad del error obstativo o impropio, como el específico ser del acto de última voluntad. Por lo que hace a la primera, parece evidente que sólo en el error propio hay auténtico vicio o malformación en la voluntad negocial; en el error obstativo la voluntad inexactamente expresada –como exenta de vicio en su formación– es una voluntad de suyo apta, si es cognoscible, para desplegar efectos negociales. El error obstativo, por tanto, lo que propiamente plantea es un problema de interpretación. Si a través de la equivocada expresión puede descubrirse el verdadero contenido de la voluntad, nada hay de parte de ésta que impida su toma en consideración como voluntad rectora de una determinada relación jurídica. Y si esto, que es pura consecuencia del significado del error obstativo, requeriría alguna matización en su afirmación general para el negocio jurídico, puede sin más predicarse del juego del error obstativo en el testamento: la peculiar naturaleza del acto de última voluntad permite atender sólo a la *voluntas testantis*, sin las limitaciones impuestas en el contrato a la apreciación de la voluntad interna desde las exigencias del *affidamento* o confianza de la contraparte. *Vid.* GORDILLO Cañas, Antonio, *Comentarios al Código Civil español*, sección II, De la institución del heredero, [en línea], volumen I, tomo X, artículos 744 a 773, fecha de consulta: 16 de junio de 2013, disponible en: <http://www.vlex.com/vid/231881>.

• **Preferencia del beneficiario real sobre el beneficiario aparente, en el conflicto neutralizante de sus respectivos intereses**

Se intenta explicar por parte de Varela que el empleo de la interpretación subjetiva a las cláusulas de última voluntad se debe en esencia al conflicto que se genera entre el beneficiario aparente y el real presente en el testamento, conflicto que se sustrae en determinar qué criterio interpretativo será el aplicable, si el objetivo o el subjetivo.

Las posiciones de ambos beneficiarios deben ser jurídicamente tuteladas desde el punto de vista ético-jurídico, toda vez que uno (beneficiario aparente) está respaldado por la confianza y otro beneficiario real lo está por la voluntad del testador, sin que pueda entrar aquí en juego para dirimir la discordia, la responsabilidad ni del testador, ni de los beneficiarios por la misma fuerza de las circunstancias. La posición de igualdad que dentro del problema de la interpretación del testamento presentan los interesados en conflicto, lleva naturalmente al jurista a preferir aquel que está tutelado por la voluntad real del declarante. En cuanto al beneficiario aparente le podrá ser reconocida una tutela mínima como por ejemplo la facultad de retener los frutos percibidos de buena fe, a la sombra del sentido aparente de la cláusula.

Ratifica que el conflicto neutralizante de la posición ético-jurídica de los individuos, cuyos intereses están fundamentalmente en juego en la interpretación de las cláusulas testamentarias, hace lógicamente surgir en toda su pureza el dogma de la voluntad real del declarante. Con esta base cree que el testamento funciona como medio de conocimiento de "la voluntad del autor de la herencia" y no como "medio de vinculación" ante uno u otro de los interesados en el litigio.⁴⁸

La postura de Varela quien intenta ahondar en la teoría de Röver, es objeto de ataque por Jordano Barea quien la califica de endeble, pues no alcanza a explicar por qué en definitiva prevalece el sentido subjetivo frente al

⁴⁸ VARELA, *Ineficacia do testamento e vontade conjectural do testador*, Coimbra, s.e., 1950, pp. 31 -33.

objetivo. La elección del interés del beneficiario real, respaldado por la voluntad real del declarante y el correlativo sacrificio del beneficiario aparente, respaldado por la confianza en el conflicto neutralizante de ambos, es totalmente arbitraria, toda vez que pudo haberse sacrificado el interés del beneficiario real dándole paso o prevalencia al interés del beneficiario aparente, como lo haría un objetivista o un declaracionista puro.⁴⁹

Depende del apego o inclinación del intérprete por uno u otro de los interesados en conflicto. Tan digna de respeto es en principio la voluntad real del declarante como la confianza que justificadamente fundó alguien en la apariencia jurídica creada por la declaración. Ocurre que por la misma fuerza de las circunstancias hay que excluir del juego de la interpretación del testamento el principio de autorresponsabilidad como el de confianza, imponiéndose en esta clase de interpretación de forma ilimitada el principio de la voluntad.

• La peculiar naturaleza y estructura del acto de última voluntad

En contrarresto a las tesis anteriores que intentaron explicar la interpretación del acto de última voluntad desde el orden subjetivo, se ubica Jordano Barea, quien advierte que la inclinación o empleo de la interpretación subjetiva de los actos jurídicos *mortis causa* ha de extraerse de la naturaleza y estructura misma del testamento, como típico negocio unilateral *mortis causa* de atribución patrimonial que opera mediante la institución de heredero y la asignación de legados.⁵⁰

De la concepción que posee el autor sobre el testamento, debemos señalar que se centra en su carácter patrimonial dejando a un lado las disposiciones de contenido no patrimonial que pueden estructurar el testamento y por ende ser interpretadas si así lo ameritase; no obstante y realizada la

⁴⁹ JORDANO Barea, Juan B., *op.cit.*, nota 30, p. 32.

⁵⁰ *Ibidem.*, p. 34. Se excluían en la década del cuarenta en España por mandato normativo de fecha 6 de noviembre, el denominado contenido atípico del testamento, visto también como disposiciones anómalas de carácter patrimonial o no, al adolecer de los atributos técnicos substanciales y estricto que lo enervasen como testamento, sin desconocerle los posibles efectos *post mortem*. Cfr: Según el propio autor a GIAMPICCOLO, *Il contenuto atípico (Contributo ad una teoria dell' atto di ultima volontà)*, Milán, s.e, 1954, pp. 3 y ss.

acotación coincidimos que la aplicación del criterio subjetivo a la interpretación de las declaraciones de última voluntad deben desgajarse de su naturaleza y contenidos a éstas inherentes.

Al decir de la naturaleza del acto de última voluntad y su arquetipo testamentario, se parte de la teoría del acto imperfecto, contentivo a su vez del acto de última voluntad concebido como simple proyecto, como negocio *in divenire* o en vía de formación que presupone la *perseverantia in voluntate* o como acto jurídico permanente que implica la renovación de la voluntad de *momentum in momentum*.⁵¹

Se ataca esta teoría por Barea, teniendo en cuenta la perfección que reviste la revocación testamentaria desde el mismo instante de su formación, siendo a partir de la celebración del acto al que hay que referirse para discutir la validez formal de éste, la capacidad y la existencia de una voluntad consciente y libre del declarante, resulta por ende indiferente la incapacidad sobrevenida del testador, así como la mudanza posterior de su voluntad. Al desmembrar esta teoría vemos que efectivamente se valúa al testamento como un proyecto en vida de su autor, el que puede ser revocado *ad nutum*, ya que hasta tanto, el testador puede en todo momento retractarse de lo expresado.⁵² Royo Martínez citado por Pérez Gallardo, expresa que el testamento mientras vive el testador constituye una mera previsión o puro proyecto, que a nadie asigna derechos actuales, ni vincula al otorgante a perseverar en su decisión, de aquí la irrevocabilidad ilimitada del testamento que sólo cristaliza como fuente de efectos jurídicos al morir el causante cual expresión de última o postrera y definitiva voluntad de éste.⁵³

⁵¹ Exponentes de esta teoría resultan la doctrina francesa encabezada por MARCADÉ y JOSSEAND, seguidos por autores italianos como Guarnieri-Citati, Carnelutti, quienes clasifican al testamento como acto jurídico permanente. Y por Royo Martínez quien se adhiere también a esta teoría. Vid. CARNELUTTI, *Teoria Generale del Diritto*, 2ª. Ed., Roma, 1946, p. 287.

⁵² JORDANO Barea, Juan B., *op.cit.*, nota 30, p. 36.

⁵³ PÉREZ Gallardo, Leonardo, *op. cit.*, nota 45, p. 221. Se acota en rechazo al testamento como simple proyecto que quien otorga un testamento, aunque tenga en cuenta la previsión de revocarlo con posterioridad, no hace un esbozo de declaración, sino que expresa una voluntad definitiva, seria y fundada de disponer *mortis causa* en aquel determinado modo que lo hace, no cabe entonces hablar de proyecto, ya que resulta evidente que, en caso de serlo, el testamento requeriría para devenir eficaz una ulterior manifestación de signo positivo que le asignará carácter definitivo. El testamento, una vez otorgado, no requiere *per se* más que sobrevenga la muerte para alcanzar plena eficacia jurídica externa.

Como cierre de la teoría del acto imperfecto se sitúan los exponentes⁵⁴ del testamento como negocio jurídico con forma fija y voluntad variable o ambulatoria *usque ad mortem*, tal postura no aprecia el testamento como un negocio formal en posición de la voluntad en un solo momento (el otorgamiento), sino por el contrario, un negocio con posición en un determinado momento del elemento formal y posible variación del elemento volitivo, con el deber para el intérprete de fijar el más próximo a la muerte si es compatible con la declaración solemne. Esta representaría un punto muerto frente a las eventuales mutaciones posteriores de la voluntad del testador debidas al cambio o alteración de la realidad o de las convicciones personales de aquel entre la hechura del testamento y la muerte. El testamento es un negocio jurídico *in itinere*, para los terceros y para el testador, con forma fija y voluntad variable.

La segunda teoría es aquella que distingue entre perfección y eficacia del acto, tal teoría estima el elemento muerte como simple requisito legal de eficacia (*conditio iuris*) de un negocio ya perfecto desde el otorgamiento.⁵⁵ Se tilda de inexacta esta teoría porque el acto de última voluntad (y el testamento en consecuencia) no es un negocio con efectos diferidos: faltan totalmente los efectos conservativos o preliminares característicos del mismo, ya se trate de un negocio bajo condición suspensiva o de un negocio sujeto a término inicial; *medio tempore* entre su formación y el evento de

⁵⁴ Marchan al frente de la citada teoría Lange, Feldman y Keuk, al decir de JORDANO Barea, J.B., *op. cit.*, nota 30, p. 28. Se apunta como críticas a esta visión del testamento, que no cabe hablarse de negocio en continua formación porque no se precisa que perdure el elemento volitivo hasta el momento de la muerte, tampoco es dable alegar la llamada presunción de perseverancia *usque ad mortem* de la voluntad declarada, ya que la revocación presupone un acto perfecto, por lo que con ello decae la ficción en lo que la variante del negocio *in divenire* se sustenta. Críticas recogidas por PÉREZ Gallardo, Leonardo, *op. cit.*, nota 45, p. 223. Agrega el autor que en cuanto a la incapacidad sobrevenida, vale la incapacidad que ha precedido al estado de incapacidad, es otra ficción, pues no se explica que un acto del cual la *perseverantia in voluntate* hasta la muerte debería constituir un requisito, pueda ser válido cuando ya no está asistido por una voluntad idónea.

⁵⁵ La teoría de referencia es la que prevalece en la doctrina seguida por Santoro-Passarelli, Barbero, Trabucchi, Lacruz, Ossorio -Morales, Cicu, Traviesas, Cariota-Ferrara y Messineo por sólo citar algunos.

la muerte, el acto de última voluntad no despliega ninguna suerte de efectos, ni siquiera conservativos o preliminares.⁵⁶

Betti, se encuentra sobre los rieles de la tercera teoría denominada del supuesto de hecho complejo, de formación sucesiva. Según Jordano Barea ha de descartarse ésta por idénticas razones de inexactitud que la teoría de la perfección y eficacia del acto. La sumatoria de (acto de última voluntad + muerte del testador) no reviste la complejidad que se le ha querido asignar, en tanto, el escaño superior en suma de ambos elementos se considera completo y no en vía de formación con la presencia de efectos preliminares.⁵⁷

Se discute la necesidad de distinguir el doble estadio de relevancia jurídica del testamento, para así poder captar su verdadera esencia, compuesto este doble estadio por la esfera del sujeto de la declaración y la generalidad, así se da paso a la cuarta teoría que responde al nombre antes dicho. Giampiccolo, analiza el planteamiento desde la creación misma del testamento por su autor, para quien ese acto jurídico se considera con carácter definitivo y relevante con todas las consecuencias inherentes, dígase *onus* de la revocación si aquél quiere impedir o eliminar su posterior eficacia *post mortem*, valoración de la capacidad y de la formación espontánea y libre del querer con referencia al momento de otorgamiento del acto.

En cambio para la generalidad el acto jurídico es jurídicamente irrelevante en cuanto tal, o sea como negocio jurídico *ante mortem*.⁵⁸ En palabras del autor Jordano Barea, la irrelevancia jurídica *ante mortem* está

⁵⁶ JORDANO Barea, Juan B., *op. cit.*, nota 30, p. 35. En adición a las críticas vistas, señala el autor que el testamento al no ser un negocio jurídico con efectos diferidos, ya que existe total ausencia de efectos conservativos, prodómicos o preliminares, característicos del mismo, por lo que puede decirse que frente a los terceros, en el período que media entre su formación y el evento muerte, no despliega ningún efecto frente a ellos, es irrelevante en la etapa *ante mortem*. El heredero o legatario instituido no tienen una expectativa jurídica en sentido técnico, sino una mera *spes*, carente de relevancia jurídica. La discrepancia entre perfección y eficacia externa del acto es total. El evento de la muerte actúa como algo más que un mero requisito legal de eficacia y menos que un elemento constitutivo del negocio. Estas críticas han sido comentadas en similar sentido por el profesor PÉREZ Gallardo, Leonardo, *op. cit.*, nota 45, p.224.

⁵⁷ BETTI, *cit. pos* JORDANO Barea, J.B., *op.cit.*, nota 30, pp. 36 y ss.

⁵⁸ GIAMPICCOLO, *cit. pos* JORDANO Barea, J.B., *op. cit.*, nota 30, p. 36.

respaldada por sus requisitos de forma. En efecto la declaración de última voluntad testamentaria, destinada a tener relevancia para la generalidad sólo después de la muerte de su autor, tiene un particular vehículo emisoro que se adapta como instrumento idóneo a la función propia del negocio, siendo adecuado para custodiar la declaración y llevarla al plano exterior únicamente al tiempo de la muerte del testador. Esto explica porque para los terceros, antes de la muerte del testador el testamento carece de relevancia, es todavía un simple hecho histórico, que no existe jurídicamente.⁵⁹

El evento muerte opera como condición para la relevancia jurídica externa del acto. Así, pues, el testamento medio *tempore* entre el momento de su formación y el de la muerte del testador, es un acto cumplido, perfecto, acabado, que adquiere el carácter de definitivo en cuanto al sujeto autor del mismo; *in itinere* para la generalidad (terceros), esto es, se trata de un acto que carece de todo relieve jurídico para ellos.⁶⁰

Del análisis de estas teorías que conforman la naturaleza diversa y estructura del testamento como bien la ha denominado Barea es donde se sitúa el fundamento técnico-jurídico para la utilización del criterio hermenéutico en la búsqueda de la real *mens testantis*, que obliga al intérprete a encararlo desde el ambiente y desde el punto de vista del propio testador.

Conociéndose los postulados que guían la interpretación testamentaria, en busca de la real voluntad e intención del testador, estamos en condiciones de tratar si es posible o no la aplicación por similitud de las normas que reglan la interpretación de los contratos como actos jurídicos *inter vivos* al testamento como declaración de voluntad *mortis causa*.

⁵⁹ Para el propio autor el acto de última voluntad, aún en el estadio anterior a la muerte, puede imponerse *erga omnes* en la vida de relación jurídica como elemento de la esfera personal del sujeto y exigir la consiguiente tutela. Pero en tal caso el testamento adquiere relevancia precisamente como simple expresión de la personalidad de su autor. Como tal, es en efecto, tutelado por varias normas que tienden a garantizar la espontánea formación del querer, el libre ejercicio del poder o facultad de revocación y la conservación del documento. *Vid.* JORDANO Barea, J.B., *op. cit.*, nota 30, p. 38.

⁶⁰ *Ibidem.*, pp. 30 y ss.

1. Aspectos decisivos en la interpretación testamentaria

Rectorea sin lugar a dudas el principio de *voluntas spectanda* la interpretación del testamento a partir del análisis precedente, sin desdeñar la aplicación analógica de algunos criterios interpretativos en el campo contractual, cuando devenga imposible desentrañar la voluntad real del testador derivada del testamento en sí. El intérprete deberá intentar colocarse en la postura del testador y las circunstancias que lo rodeaban al momento de expresar su disposición de última voluntad, con apoyo de elementos intrínsecos o extrínsecos en busca de la voluntad real del declarante; la *voluntas testatoris* que aflore de la interpretación quedará constreñida a la naturaleza formal del acto. Fundamentos que determinan que los criterios directivos o decisivos para interpretar el testamento se desmiembran de la siguiente forma conforme a la doctrina:

- Actitud del intérprete ante una fórmula aparentemente clara.
- El ángulo visual de la interpretación testamentaria.
- Medios interpretativos y uso de la prueba extrínseca.

El primer criterio directivo, parte de la actitud del intérprete, conjugando la declaración de última voluntad con la norma general que regla la interpretación del acto jurídico en cuestión. Se debe tener en cuenta, si ésta norma general demanda la búsqueda en cierre de la intención del testador; en supuestos de dudas, al momento de su interpretación, Barea⁶¹ asiente que de ser así, la interpretación ajustada a la real voluntad del testador únicamente tendría lugar en cuanto a las cláusulas objetivamente oscuras, ambigüas o equívocas. Ante una fórmula aparentemente clara, hay siempre que averiguar si su sentido literal coincide o no con el que pretendió atribuirle el testador, en caso afirmativo *nulla quæstio*, en caso negativo surge la *quæstio voluntatis*. Se entiende errado el aforismo *in claris not fit interpretatio*, al envolver una petición de principio, pues presupondría ya acabada toda actividad interpretativa que, por el contrario

⁶¹ La investigación del sentido subjetivo de las disposiciones testamentarias aún de frente a una fórmula aparentemente clara, viene impuesta por el principio fundamental de la máxima relevancia de la voluntad en la interpretación de los testamentos y por la amplitud de los medios interpretativos utilizables; por consiguiente toda disposición testamentaria deberá ser interpretada, aunque objetivamente parezca clara., *Cfr.*, JORDANO Barea, Juan B., *op.cit.*, nota 30, p. 79.

hay que emprender aún; el aforismo trata de impedir que a pretexto de interpretación sea tergiversado el sentido literal cuando es fiel expresión de la voluntad del causante.⁶²

El ángulo visual, en que ha de situarse el intérprete de un testamento presenta distintas aristas en los negocios jurídicos en consonancia con su peculiar estructura. Al decir de Barea⁶³ se traduce en "reencarnar al

⁶² El antiguo aforismo *in claris not fit interpretatio*, no tuvo en su origen ni puede tener otro significado que no sea que cuando de las palabras del precepto se deduce de un modo indudable la voluntad legislativa, no debe admitirse, so pretexto de interpretar la norma, la indagación de un pensamiento y de una voluntad distinta. La misma claridad es un precepto relativo, una ley que por sí es clara en su texto puede ser ambigua y oscura en cuanto al fin que se propone, y una ley que no dio nunca lugar a dudas puede ser dudosa más tarde por efecto del incesante surgir de nuevas relaciones, las cuales producen incertidumbre en relación a si son los criterios de interpretación. Sino porque configurado el espíritu y el fin de la norma a interpretar como objeto al que ha de atenderse preferentemente en la labor hermenéutica no parece excluir otros criterios. La interpretación no sólo es necesaria en la norma oscura o ambigua, sino también en la norma que sea clara, Roberto de Ruggiero sostiene que no es verdad que el interpretar presuponga una dificultad de penetrar inmediatamente en el sentido de la ley y que la interpretación se excluya cuando tal dificultad no existe, es un error el creer que para los preceptos no oscuros no se requiera interpretación; parece que no se necesita porque penetra más rápido y casi instantáneamente en su sentido. Si la aplicación de la norma implica una labor de inteligencia para la subsanación del caso particular y concreto en la fórmula general y abstracta dada por el legislador, no es posible realizar la aplicación de la norma sin su previa interpretación. *Vid.* SÁNCHEZ Rubio, Aquilina, *La interpretación en el Derecho, in claris non fit interpretatio*, Anuario de la Facultad de Derecho, Madrid, 2004, volumen XXII, pp.80 y ss.

⁶³ Los contratos como negocios de tráfico *inter vivos* deben ser interpretados "mirándolos" tanto desde el punto de vista del declarante, como desde el punto de vista del destinatario de la declaración y aún desde el punto de vista de la generalidad (interpretación según buena fe); los testamentos, como actos de última voluntad deben ser interpretados mirándolos solamente desde el ambiente y desde el punto de vista del testador valiéndose, para ello el intérprete de todas las circunstancias que le sean conocidas al tiempo de instaurarse la interpretación, no hay pues que investigar el sentido más conforme con la verdadera intención del *de cuius* es reconocible para los beneficiarios de la declaración, ni siquiera si fue obtenido a través de la utilización de circunstancias cognoscibles para éstos. *Idem.*

ANDRADE le concede especial relevancia dentro de la hermenéutica testamentaria en vínculo con el ángulo visual del intérprete, a los hábitos del lenguaje propio del testador y a sus acepciones extravagantes, empleadas a título puramente ocasional, a su juicio sólo tendrá relevancia el sentido ocasional descubierto por la prueba extrínseca cuando en la propia letra del testamento haya indicios bastantes de que el testador atribuyó a los respectivos términos una afirmación esotérica no habitual (como sucedería en el caso de que ciertas palabras de la declaración aparezcan subrayadas, entrecorridas, o con reticencia), cuando resulte imposible ejecutar la disposición entendiéndola conforme a las posibles significaciones objetivas de sus términos. Estas limitaciones garantizarían contra el peligro de frustrar la verdadera *voluntas testantis* por las conocidas contingencias de la prueba extrínseca, no siendo necesaria en el caso de usos lingüísticos personales del testador, pues deducida falsamente la habitualidad de las significaciones, será relativamente fácil hacer una contraprueba. *Vid.*, ANDRADE, *Interpretação duma clausula testamentária e algumas considerações gerais sobre a teoria da interpretação dos testamentos, separata Boletim de Faculdade de Direito*, Coimbra, 1952, volumen XXVII, pp. 27 y ss.

testador", el intérprete ha de enfocar la declaración de última voluntad con el mismo espíritu del difunto. Su primer paso consiste, pues en colocarse en la misma situación que se hallaba el testador cuando dispuso. Así puede descubrir sus efectos, penetrar sus designios, determinar sus motivos y ponderar debidamente sus hábitos. Si se prescinde del ángulo visual del testador, la recta interpretación del testamento resulta imposible, nunca se insistirá lo bastante en la enorme trascendencia que en esta materia tiene la situación familiar del testador, sus particulares relaciones con las personas beneficiadas, sus costumbres, su mentalidad y hasta el grado de cultura jurídica (sobre todo cuando se está ante un testamento ológrafo). Por lo que se refiere a los usos lingüísticos personales del testador, aun tratándose de los más esotéricos, la doctrina afirma unánimemente que deben prevalecer en la interpretación testamentaria sobre el significado común del lenguaje.

El tercer criterio directivo en la interpretación testamentaria, se manifiesta en la utilización de los medios interpretativos y el uso de la prueba extrínseca. Es inobjetable que la interpretación del testamento puede llevarse a cabo con el empleo de pruebas intrínsecas o extrínsecas, sólo existen restricciones atendiendo al orden formal del testamento. Divergentes posiciones marcan el empleo de la prueba extrínseca, pues hay quienes afirman⁶⁴ que para interpretar el testamento sólo ha de tenerse en cuenta el contenido de las cláusulas testamentarias. Los medios interpretativos susceptibles de ayudar a la interpretación del testamento pueden referirse a actos anteriores, coetáneos o posteriores a su redacción, siempre y cuando se trate de averiguar en esos actos cuál fue la verdadera *mens testantis* al tiempo de perfeccionarse el negocio en la esfera de su autor (momento del otorgamiento del testamento), sólo tendrán valor hermenéutico en tanto

⁶⁴ El profesor DE DIEGO, entendía que la voluntad del testador, ha de averiguarse exclusivamente a través de los elementos suministrados por el propio contexto del testamento, con exclusión de las pruebas exteriores, *cit. pos.*, JORDANO Barea, Juan B., *op. cit.*, nota 30, p. 86.

respondan a la misma línea u orientación volitiva que el testador observó al hacer su declaración de última voluntad.⁶⁵

Se plantea, que los actos o comportamientos sucesivos del testador, posterior al otorgamiento del testamento, sólo poseen relevancia jurídica como medios interpretativos si no implican una nueva orientación de voluntad, habida cuenta debe existir plena correspondencia entre la voluntad exteriorizada en el instrumento y el comportamiento asumido por éste; enfatiza Barea⁶⁶ que un notable valor interpretativo debe tener el comportamiento sostenido por el testador luego de redactado el testamento, con los beneficiados en la sucesión ya sea a título de heredero o legatario. No abundan los autores que ven en las reales intenciones del testador un poder decisivo incondicionado, en su mayoría subordinan el valor interpretativo de la voluntad real al criterio límite de que haya encontrado en el documento una expresión cualquiera aunque resulte imperfecta, y ello se debe a la formalidad del testamento como negocio jurídico *mortis causa*. Oertmann⁶⁷ y Danz,⁶⁸ defienden que la voluntad del testador debe decidir incondicionadamente el sentido jurídico del testamento, éste último se niega a admitir cualquier desvío de las reglas generales de interpretación en el dominio de todos los negocios formales y en particular del testamento.

⁶⁵ Las declaraciones escritas del mismo testador, dígame cartas, diarios, apuntes, notas y demás manuscritos de los que resulte que el causante entendía disponer de cierto modo, constituyen los medios interpretativos utilizables, que a la vez pueden ser anteriores, coetáneos o posteriores al otorgamiento del testamento. Estos documentos, incluso los testamentos revocados por cuestiones de defecto de forma, aún no teniendo eficacia como testamento pueden ser empleados como meros factores interpretativos a fin de arrojar luz acerca del sentido de las disposiciones testamentarias. El mismo valor interpretativo se le atribuye a los proyectos de testamentos, así como a las minutas que el testador haya intercambiado con el Notario para la confección del testamento. *Ibidem.*, p. 91.

⁶⁶ Si el testador consintió que el beneficiario de la propiedad de cierto bien comenzase ya a disfrutarlo de hecho antes de su muerte, todas las eventuales dudas acerca de la extensión de la atribución patrimonial *mortis causa* pueden ser simplificadas y resueltas mediante este significativo elemento. *Ibid.*, p. 93. Otros autores valúan de irrelevante el comportamiento de los llamados en la sucesión, como personas extrañas a la declaración testamentaria, así Mosco afirma que nada tienen que ver éstos con el problema de la interpretación, de modo que sólo vale como acuerdo relativo a la ejecución de las disposiciones testamentarias (tras la apertura de la sucesión); acuerdo que por constituir un negocio de fijación jurídica de la voluntad del testador, implica la renuncia a toda cuestión interpretativa., *Vid.* Mosco, *op. cit.*, nota 33, pp.154 y ss.

⁶⁷ OERTMANN, *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, s.e., Leipzig, 1914.

⁶⁸ Afirma que la forma no es obstáculo para la interpretación. *Vid.* DANZ, Erich, *op. cit.*, nota 25, p. 342.

Expresa que no hay ningún precepto de forma que determine que en los negocios jurídicos formales haya de limitarse la libre indagación a lo declarado con sujeción a la forma legal.

Tratándose de negocios formales, la libertad del intérprete en la búsqueda del sentido decide la declaración de voluntad, encuentra en el contexto de la propia declaración un importante límite. Ello no quiere decir, a juicio de Barea⁶⁹ que deba formularse una interpretación puramente literal o intrínseca, basta con que en el texto de la declaración a interpretar pueda encontrarse todavía una expresión cualquiera, aunque sea imperfecta y vaga, del sentido que sin la exigencia de la forma sería el decisivo. Así es como se satisfacen simultáneamente las exigencias de la seguridad y de la justicia.

Para Lange⁷⁰ la interpretación testamentaria encuentra su límite en la imposibilidad de conciliación con lo declarado. Betti⁷¹ y Mosco,⁷² que encabezan la doctrina italiana en esta materia, consiente el primero de ellos que el pensamiento del disponente, aunque no se encuentre expresado de modo adecuado en la declaración, resulte de circunstancias exteriormente reconciliables y tenga al menos en aquella un unívoco adelantado. Para el segundo autor, cuando el sentido averiguado por el empleo de los diversos medios interpretativos no sea conciliable con ninguno de los significados que a la fórmula se pueden atribuir, hay que negar toda relevancia interpretativa a la voluntad inexpressada.

Kretzschmar,⁷³ estima que debe existir una compatibilidad lógica entre el contenido de la declaración y el interno querer, como límite de la interpretación subjetiva de los testamentos. En aras de armonizar el principio *voluntas spectanda* con la restricción impuesta por la naturaleza

⁶⁹ JORDANO Barea, Juan B., *op.cit.*, nota 30, p. 96.

⁷⁰ Al exigir la jurisprudencia alemana para el desempeño de la interpretación un apoyo en el testamento (*Anhalt*) y provocar numerosas cuestiones bizantinas, es que se propugna por el autor la expresión antes dicha. *Vid.* LANGE, *Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers*, en Jherings Jahrbücher, s.l.e., 1932, pp.1 y ss.

⁷¹ BETTI, Emilio, *op.cit.*, p. 316.

⁷² MOSCO, *op.cit.*, nota 33, pp. 148 y ss.

⁷³ KRETZSCHMAR, *Das erbrecht*, 2ª. Ed., s.e., 1913, p.135.

formal del testamento: la voluntad del *de cuius* tendrá eficacia interpretativa, con tal que haya encontrado en el documento una expresión reconocible desde el punto de vista del testador. Barea,⁷⁴ se muestra con la posición de Kretzschmar, pues no sólo permite dar relevancia interpretativa a los hábitos del lenguaje propios del testador, sino incluso a las acepciones, meramente ocasionales en que él haya empleado los términos del testamento.

Del análisis anterior se desprende que las pautas para la interpretación de los actos jurídicos *mortis causa* a manos del intérprete se traducen en:

- Postura del intérprete ante una fórmula aparentemente clara: la interpretación del acto jurídico de la declaración de última voluntad debe postularse ante las disposiciones testamentarias que muestren una superficial claridad, como en aquellas que resulten equívocas, ambiguas, dudosas u oscuras.
- Partir de la naturaleza diversa y estructura del acto jurídico testamentario: Pues su singular interpretación no encuentra respuesta en la interpretación de los actos jurídicos *inter vivos*, si bien puede tomar de éstos, reglas interpretativas como la conservación del negocio.
- Tomar como punto de arranque para la interpretación testamentaria, el ángulo visual del testador: significa que la real voluntad e intención del testador, debe constituir el núcleo central de la interpretación, el intérprete deberá lograr colocarse en la posición del testador al momento de otorgar el testamento, para así desentrañar lo que realmente quería transmitir con su declaración.
- Utilización de medios interpretativos y uso de pruebas extrínsecas: La utilización de medios interpretativos, se traduce en el empleo del método jurídico con los criterios de interpretación, que si bien provienen de la teoría de la interpretación jurídica no pueden ser soslayados por el intérprete, nos estamos refiriendo así, al criterio gramatical como base

⁷⁴ La exigencia de la forma no altera el sentido decisivo del testamento, ni el ángulo visual característico de su interpretación; únicamente actúa como criterio límite, impidiendo que prevalezca una declaración "puramente putativa" o un simple propósito *in mente retentum*, Cfr., JORDANO Barea, Juan B, *op. cit.*, nota 30, p. 98.

en la interpretación, el que se conjuga con la primera pauta interpretativa, toda vez que el intérprete ha de partir del testamento como texto, el sistemático y el criterio lógico. Los medios de prueba extrínseca sólo serán empleados si de la interpretación de las disposiciones testamentarias no se logra desentrañar la voluntad real e intención del testador. La prueba extrínseca ha de combinarse con el uso del criterio histórico, habida cuenta enlaza el tracto histórico del testador y su comportamiento hasta el momento de otorgamiento, con miras a los documentos que pudo haber tenido presente para la confección de las cláusulas (proyectos de testamentos anteriores, cartas). La interpretación integradora del testamento funge como recurso alternativo combinado con la prueba intrínseca.

IV. A modo de reflexiones finales

La interpretación jurídica constituye uno de los acápites más relevante dentro de la Teoría del Derecho, donde no se han mostrado reparos en la búsqueda de métodos y criterios interpretativos para la solución de conflictos de esta naturaleza; interpretación que irradia si bien con notables diferencias a la interpretación de los actos jurídicos *inter vivos* y *mortis causa*, en tanto se sirven de los pilares que la sustenta, dígame el método jurídico, los criterios gramaticales, sistemático, histórico y lógico de interpretación. Denotándose como central diferencia entre una y otra interpretación, que lo que se persigue en la primera, es la búsqueda de la voluntad del legislador y su intención, o la búsqueda del sentido de la norma jurídica; en cambio la interpretación de los actos jurídicos *mortis causa*, persiguen desentrañar la voluntad real del testador y su intención; la que adopta un peculiar matiz en mérito de la inexistencia física del causante, quien no podrá ser inquirido con respecto a su manifestación de voluntad, cuando requiere ser interpretada. Conduciendo al intérprete a la adopción de pautas interpretativas testamentaria a tener en cuenta para la solución del dilema.

V. Fuentes de consulta

Bibliográficas

ANDRADE, *Interpretação duma clausula testamentária e algumas considerações gerais sobre a teoria da interpretação dos testamentos, separata Boletim de Faculdade de Direito*, Coimbra, 1952, volumen XXVII.

BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 3ª. Ed., Milán, 1947.

BETTI, Emilio, *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos trad. pos.*, José Luis de los Mozos, Madrid, Ed. Revista de Derecho privado Reunidos, 1975.

CARNELUTTI, *Teoria Generale del Diritto*, 2ª. Ed., Roma, 1946.

CASTÁN Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, ed. revisada por José Luis de los Mozos, Madrid, editorial Reus, 1984, volumen V, tomo I.

COLECTIVO DE AUTORES, *Derecho de Contratos, Teoría General del Contrato*, La Habana, Ed. Félix Varela, 2003, tomo I.

DANZ, Erich, *La interpretación de los negocios jurídicos*, obra adaptada por Francisco Bonet Ramón, Madrid, Ed. Revista de Derecho privado, Edersa, 1955.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Fuentes del Derecho e interpretación jurídica*, Madrid, Anuario de Derecho Civil, 1958.

Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers, en Jherings Jahrbücher, s.l.e., 1932.

CAÑIZARES, Diego, *Teoría del Estado*, Ciudad de la Habana, Ed. Pueblo y Educación, 1979.

DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN Ballesteros, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Ed. Tecnos, 1975, volumen II.

DIEZ PICAZO, Luis, *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, Editorial Tecnos, 1995.

ELORRIAGA DE BONIS, Fabian, *Derecho de Sucesorio*, 2ª. Ed. actualizada, Santiago de Chile, Ed. Abeledo Perrot, 2010.

ESPÍN Canovas, *Manual de Derecho civil español*, Madrid, 1957, volumen V.

FERRI, Luigi, *La autonomía privada trad.pos* Luis Sancho Mendizabal, Madrid, Ed. Revista de Derecho privado, Edersa, 1969.

GARCÍA Maynez, Eduardo, *Misión y límites de la hermenéutica jurídica*, México, Dianoa, 1977.

GIAMPICCOLO, *Il contenuto atípico (Contributo ad una teoría dell' atto di ultima volontà)*, Milán, s.e, 1954.

GUASTINI, Ricardo, *Le fonti del Diritto e Interpretazioni*, Milano, Ed. Giuffrè, 1993.

HERNÁNDEZ Gil, *Metodología del derecho de la Ciencia del Derecho*, España, Ed. Ugina, 1971.

JORDANO Barea, Juan B., *Interpretación del testamento*, Barcelona, Ed. Bosch, 1958.

LANGE, *Das Recht des Testaments*, Tubinga, s.e, 1937.

LEGAZ y Lacambra, Luis, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Ed. Bosch, 1978.

MOSCO, *Onerosità e gratuita degli atti giuridici*, Milán, s.e., 1942.

OERTMANN, *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, s.e, Leipzig, 1914.

PÉREZ Gallardo, Leonardo B., *Derecho de Sucesiones*, La Habana, Ed. Félix Varela, 2004, tomo I.

Principi sulla interpretazione de negozi giuridici, Nápoles, s.e., 1952.

PUIG Brutau, José, *Compendio de Derecho Civil*, Barcelona, Ed. Bosch, 1987, volumen I.

RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1974.

RÖVER, *Die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen*, 1874, *cit.pos.*, FERRER Correia, *Erro e interpretacao na teoria do negócio jurídico*, Coimbra, 1955.

SÁNCHEZ Rubio, Aquilina, *La interpretación en el Derecho, in claris non fit interpretatio*, Madrid, Anuario de la Facultad de Derecho, 2004, volumen XXII.

TAGLIAVIA López, Andrés, *La interpretación desde la Teoría del Derecho*, Madrid, España, s. e., 1995.

TITZE, *Die Lehre vom Misseverstandniss*, Berlín, s.e, 1910.

VARELA, *Ineficacia do testamento e vontade conjectural do testador*, Coimbra, s.e, 1950.

VILLAR Palasi, José Luis, *La interpretación y los apotegmas jurídicos – lógicos*, Madrid, Ed. Tecnos, 1975.

VITALE, Alejandra, *El estudio de los signos*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 2001.

WINSCHIED, *Willes und Willenserklärung*, Leipzig, s.e, 1878.

Hemerográficas

BORDA, Guillermo A., "Reglas prácticas para la interpretación de la ley civil", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1951.

RODRIGUEZ Puerto, Manuel Jesús, "Métodos de interpretación, hermenéutica y Derecho natural", *Revista Dikaion*, Chía, Colombia, volumen 19, núm. II, octubre-diciembre 2010.

Electrónicas

DE LA CUESTA, José María, *Código Civil y legislación complementaria*, Boletín Oficial del Estado, España, 2014, [en línea], disponible en: http://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=034_Codigo_Civil_y_legislacion_complementaria&modo=1.

EZQUIAGA Ganuza, Francisco Javier, *La interpretación histórica*, [en línea], País Vasco, 2006, fecha de consulta 17 de septiembre de 2013, disponible en: <http://www.iuriscivilis.com/2009/04/la-interpretacion-del-testamento.html>.

IGARTUA Salaverría, Juan, *La interpretación literal*, [en línea], País Vasco, 2006, fecha de consulta 17 de septiembre de 2013, disponible en: <http://derecho.isipedia.com/cuarto/derecho-civil-iv/13-la-sucesion-testamentaria-el-testamento>

EL GARANTISMO EN LA JUSTICIA ELECTORAL

*Alan Enrique Ramírez Rodríguez**

SUMARIO: I. Aspectos generales; 1. Democracia constitucional; A. Una Constitución; B. La separación de poderes; C. La supremacía constitucional; D. El control de la constitucionalidad; 2. Garantismo; 3. Estado constitucional democrático de derecho; II. Marco teórico; 1. Marco legal; 2. Sistema de medios de impugnación; 3. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano; 4. Justicia electoral; III. Hipótesis y planteamiento del problema; 1. Hipótesis; 2. Planteamiento del problema; 3. Propuestas; IV. Conclusiones; V. Fuentes de consulta.

* Maestro y especialista en Administración Pública y Política Pública, licenciado en Ciencia Política por el Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, especialista en Derecho Electoral, por concluir maestría y licenciatura en Derecho por la UNAM, profesor, investigador y secretario técnico editorial de la revista Iuripolis, todo ello en el Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, ha laborado en el Instituto Electoral del Distrito Federal y actualmente se desempeña como Asesor en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Resumen:

Este artículo analiza desde un punto de vista garantista, los alcances y límites de la justicia en los partidos políticos de México, considerando los criterios y tesis de parte de los principales órganos jurisdiccionales del país, así como las diversas ponencias y doctrinas que ha habido al respecto. Aunque el tema sigue y seguirá siendo motivo de debate, el autor se pronuncia a favor de la democracia interna de los partidos políticos con una eficaz protección jurisdiccional tanto interna como externa.

Palabras clave: democracia, Constitución, Estado mexicano, separación de poderes, Derecho, supremacía constitucional, garantismo, Estado constitucional, medios de impugnación en materia electoral, justicia electoral, partidos políticos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, ley de partidos políticos.

Abstract:

This article analyzes from a guarantees point of view, the scope and limits of justice in political parties in Mexico, considering the criteria's and thesis from the main judicial authorities of the country and the various presentations and doctrines have been about. Although the subject is still and will continue to be debated, the author is in favor of internal democracy of political parties with an effective judicial protection both internally and externally.

Key words: democracy, Constitution, Mexican State, Separation of powers, Rights, Constitutional supremacy, guarantees, Constitutional State, means of judicial challenges in electoral system, Electoral Justice, political parties, Supreme Court of Justice of the Nation, Political parties act.

I. Aspectos generales

1. Democracia constitucional

En nuestros días el tema de la democracia ha adquirido una enorme vigencia, y a la vez una gran complejidad. No parece haber un acuerdo unánime entre juristas, politólogos y filósofos acerca del significado de *democracia* y de los *ideales democráticos*, sin embargo, el sentir generalizado es el comulgar con ellos.

Aun así, resulta una tarea problemática esbozar el marco en que la democracia debe ubicarse, pues implica la multiplicidad de aspectos que integran la vida del hombre y de su organización política, surgiendo por ello diferentes perspectivas para el entendimiento del fenómeno democrático: ideas, forma de vida, régimen gubernamental, etc.; tradicionalmente se ha considerado que nuestro país se rige por un sistema de gobierno democrático y nuestra Ley Fundamental establece en su artículo 3º, que la democracia se considera *como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo*, lo que entraña que no sólo es responsabilidad del Estado, sino de toda la comunidad nacional.

Tenemos hoy en día la pretensión de concluir en México la transición a la democracia y construir un Estado de derecho. La ciencia política nos dice que si no tenemos un Estado que ejerza el monopolio de la fuerza legítima en todo el territorio, sin una burocracia capaz de prever servicios mínimos, sin capacidad para cobrar los impuestos, sin un poder judicial independiente y capaz de hacer cumplir sus decisiones, no es posible un gobierno democrático.¹

En estas condiciones, para que un Estado se considere democrático deberá contar, entre otros, con los siguientes elementos claves:

¹ LINZ, Juan, "Para un mapa conceptual de las democracias", *Revista Politeia*, núm. 26, p. 26.

A. Una Constitución

Lo importante para la existencia de la democracia de un país, es contar con una Constitución.² En la Constitución una democracia introduce un límite al poder absoluto del *demos*, a la absolutización del principio democrático a través de garantías muy fuertes en favor de los derechos humanos de cada individuo. Sin esas medidas de protección a los derechos de cada persona no puede hablarse de democracia.

B. La separación de poderes

La separación de poderes y la independencia judicial son claves en una democracia constitucional, toda vez que constituyen el prerequisite de un adecuado control de la constitucionalidad del ejercicio de los poderes.

Someter al imperio del derecho a quienes ejercen el poder político y garantizar, así, los derechos fundamentales, constituye uno de los principales objetivos del Estado constitucional del derecho.

El principio de división de poderes posibilita: primero, que los representantes populares emitan las normas generales mediante las cuales han de regularse la totalidad de las conductas en una determinada sociedad; segundo, que los órganos ejecutivos ejecuten las normas generales emitidas por el poder legislativo, y tercero, que los órganos judiciales resuelvan los conflictos que se suscitaren con motivo de la aplicación de la ley.

C. La supremacía constitucional

El concepto de supremacía constitucional debe entenderse como aquella cualidad que posee únicamente la Constitución como norma jurídica, al ser el punto de partida de la legitimidad de todo el orden jurídico de un país o territorio determinado.

² En el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano, promulgada en París el 26 de agosto de 1789, se estableció: *Una sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución.*

La supremacía de la constitución tiene como uno de sus objetivos garantizar y salvaguarda la libertad y los derechos de los individuos, para lo cual es requisito indispensable limitar al poder para impedirle hacer lo que quiera, y evitar que los funcionarios que actúan en su nombre lo hagan con autoritarismos o arbitrariedad.

D. El control de la constitucionalidad

Con el nombre de Control de la constitucionalidad se conoce a la actividad orientada a velar por la supremacía de la constitución, ya sea a través de la dificultad para modificar la constitución por medio del procedimiento ordinario, así como también las acciones mediante las cuales se debe asegurar que las leyes y los actos administrativos no se produzcan en contra de lo establecido en la misma Constitución.

El control de la constitucionalidad, como lo define Almagro, es *el conjunto orgánico y funcional de instituciones y actividades que tienen por fin directo remediar los agravios generales o particulares que se cometen en contra de la Constitución*.³

Es con la aparición de tribunales, mediante los cuales se trata de garantizar el principio de supremacía constitucional en los países que cuentan con Constitución escrita (que tomaron como modelo la norteamericana de 1787, al ser la primera escrita),⁴ permitiendo que la Constitución se convirtiera en la norma suprema del orden jurídico.

"Una Constitución limitativa en la práctica no puede ser defendida sino por medio de Tribunales de justicia, cuya labor debe consistir

³ SEPÚLVEDA, Valle Carlos, *Constitución y Estado de Derecho*, p. 14, [en línea], fecha de consulta 25 de julio de 2009, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/podium/cont/12/cnt/cnt1.pdf>

⁴ En su artículo VI se establecía: 'Esta Constitución, las leyes que emanen de ella y todos los tratados internacionales celebrados o que se celebren que estén de acuerdo con la misma, serán la suprema ley del país, por lo que los jueces de cada Estado se atenderán a ellos no obstante cualquier disposición al contrario contenida en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado'; y es importante señalar que los alcances de este principio se señalaron en dictamen del caso *Marbury vs. Madison*.

en la declaración de nulidad de todas las leyes contrarias al sentido manifiesto de la Constitución".⁵

Actualmente no se concibe un Estado que no cuente con un conjunto de normas jurídicas que delimiten su esfera de competencia, es decir, que toda la actividad estatal está controlada y sometida invariablemente a la Constitución, y cuando el Estado en el ejercicio de sus funciones trasgrede los límites que le han sido impuestos, surge la necesidad de controlar esos actos indebidos, para defender el control fundamental de la Constitución, a través de la existencia de tribunales dotados de facultades para controlar la constitucionalidad de actos y resoluciones de los órganos estatales; constituyendo uno de los rasgos centrales de las democracias constitucionales.

Al Respecto, Orozco, Henríquez, en su obra *"Justicia Electoral y Garantismo Jurídico"*, citando Ferrajoli, apunta lo siguiente:

"... La democracia no es simplemente una cuestión de reglas o procedimientos (‘el cómo’ tomar ciertas decisiones), sino centralmente tiene que ver con ‘el que’ de las decisiones, lo que supone no sólo un respecto irrestricto y una expansión de los derechos fundamentales, sino también una cabal observancia de los otros principios básicos del modelo de Estado constitucional de derecho, como el principio de legalidad (que abarca también el principio de constitucionalidad, la separación de poderes, la independencia de la jurisdicción y un sistema de pesos y contra pesos)..."⁶

2. Garantismo

Ferrajoli construye un modelo jurídico que él denomina garantismo. El garantismo está basado en una concepción del derecho y del Estado que

⁵ SEPÚLVEDA, Valle Carlos, *op. cit.* nota 3, p. 10.

⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Hacia una teoría jurídica de la democracia, Teoría de la democracia, dos perspectivas comparadas*, trad. de Lorenzo Córdova, México, Instituto Federal Electoral, 2002, p.17.

pretende reducir el papel punitivo y coercitivo del Estado y, al mismo tiempo, propone maximizar la igualdad, la libertad y en general los derechos fundamentales.

El mismo señala que una Constitución puede ser muy avanzada por los principios y los derechos que sanciona, y que no pasa de ser un pedazo de papel si carece de garantías que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo.

El control jurisdiccional del poder es esencial en el denominado *Estado constitucional democrático de derecho*, ello es así porque la constitucionalización de los derechos fundamentales, consistentes en expectativas negativas de no interferencia (por ejemplo, el derecho de libertad de expresión), establecen *límites*, es decir, prohibiciones de afectación cuya violación produce contradicciones normativas; igualmente, los derechos fundamentales consistentes en expectativas positivas (como los derechos sociales) imponen *vínculos*, es decir, obligaciones prestacionales cuya inobservancia acarrea *lagunas*.⁷

Dichas normas sustanciales delimitan el ámbito de lo que Ferrajoli ha denominado *esfera de lo indecible*,⁸ lo que significa que los derechos fundamentales deben estar sustraídos de los poderes de la mayoría, esto es, los derechos fundamentales sólo han de poder ser expandidos, nunca restringidos ni suprimidos.

En efecto, la posibilidad de inaplicar o declarar la invalidez de normas contrarias a los principios y derechos fundamentales establecidos en las normas constitucionales sustanciales confiere a la jurisdicción *una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos*.⁹

⁷ *Ibidem.*, p. 24.

⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Madrid, 2004, Trotta, p. 51.

⁹ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, nota 6, p. 26.

Con ello tenemos que bajo el modelo garantista, la idea de sujeción a la ley ha cambiado, siendo ahora sujeción no a la letra de la ley (cualquiera que fuese el significado de ésta) sino a la ley válida cuya aplicación sea más favorable a una persona.

3. Estado constitucional democrático de Derecho

Una exigencia básica del modelo de Estado constitucional democrático de derecho es que los ciudadanos gocen de un alto grado de seguridad jurídica en el ejercicio del poder público, es decir, el ejercicio del poder público esté restringido por reglas jurídicas. De ahí que la interpretación de la ley constituye una reinterpretación de la ley al amparo de lo señalado en la Constitución.

En efecto, como señala Manuel Atienza¹⁰ en los últimos años se ha desarrollado una nueva concepción de, y para, el derecho de los Estados constitucionales. Entre algunos de los rasgos de esta concepción destacan:

- a) El reconocimiento de la importancia de los principios (además de las reglas) como un componente esencial del orden jurídico;
- b) La incorporación del modelo del constitucionalismo o garantista, lo que implica, entre otras consecuencias, concebir la validez jurídica en términos sustantivos y no simplemente formales;
- c) Una nueva idea de sujeción a la ley, ya no como una sujeción a la letra de la ley sino una sujeción a la *ley válida*, y
- d) La atención creciente a la argumentación jurídica, es decir, la necesidad de que los fallos judiciales estén fundados en razones, *como característica esencial de una sociedad democrática en la que es el poder el que se somete a la razón, y no la razón al poder.*

¹⁰ ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 309-310.

II. Marco teórico

1. Marco legal

A partir de la reforma constitucional de 1996,¹¹ el Tribunal Electoral fue incorporado al Poder Judicial de la Federación; otorgándole las facultades de control jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes y actos en materia electoral.

En el marco de un sistema de justicia electoral plenamente judicializado; y de la interpretación sistemática y funcional de los artículos 41, fracción IV, y 99 constitucionales, así como del 3º, inciso a) de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación tiene atribuciones para resolver, en forma definitiva e inatacable, las impugnaciones bajo su competencia y, al efecto, ejercer un control no sólo de la legalidad sino también de la constitucionalidad de todos y cada uno de los actos y resoluciones de las autoridades electorales federales, así como de los de las entidades federativas, que puedan ser determinantes para el desarrollo del proceso electoral o el resultado final de las elecciones.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que: "...el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación tiene la elevada encomienda constitucional de salvaguardar el respeto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con actos y resoluciones electorales y que en esa función tiene carácter de órgano terminal ...".¹² Cabe destacar que la misma Suprema Corte ha sostenido que las resoluciones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), en los términos del artículo 99 constitucional, son "definitivas e inatacables también para ella".¹³

¹¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de agosto de 1996.

¹² Ejecutoria de la contradicción de tesis 2/2000, p. 151.

¹³ Sentencia relativa a la acción de inconstitucionalidad 18/2001 y 20/2001, promovida por los partidos políticos Acción Nacional, de la Revolución Democrática y del Trabajo, en contra de la Quincuagésima Legislatura del Congreso y del Gobernador, ambos del Estado de Yucatán.

De conformidad con el artículo 99 de la Constitución, el Tribunal Electoral es el órgano especializado del Poder Judicial de la Federación y, con excepción de lo dispuesto en la fracción II del artículo 105 de la propia Constitución (las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral son resueltas de manera exclusiva en la Suprema Corte de Justicia de la Nación), la máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral.

En la reforma electoral en materia constitucional del 2007,¹⁴ el Legislador Federal hizo eco de la ratificación expresa consignada en la Carta Magna, al ratificar al Tribunal Electoral la potestad del control constitucional de las leyes de la materia. De ese modo, en la reforma de la ley fundamental se dispuso expresamente en el artículo 99 que las Salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes electorales cuando sean contrarias a la Constitución y que las resoluciones dictadas en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto.

2. Sistema de medios de impugnación

Los medios de impugnación son los mecanismos jurídicos consagrados en las leyes para modificar, revocar o anular los actos y las resoluciones en materia electoral que no se apeguen a derecho.

En materia electoral, la Constitución ordena el establecimiento de un Sistema de Medios de Impugnación de los que conocerán el Instituto Federal Electoral y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. El propósito de dicho sistema es dar definitividad a las distintas etapas del proceso electoral y garantizar que los actos y resoluciones electorales se sujeten invariablemente al principio de constitucionalidad y legalidad.¹⁵

El Tribunal Electoral conoce únicamente de aquellos medios de impugnación que las partes legitimadas presenten en los plazos y términos que señala la

¹⁴ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de noviembre de 2007.

¹⁵ Medios de Impugnación en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, [en línea], fecha de consulta 30 de agosto de 2013, disponible en: http://www.te.gob.mx/tribunal/medios_t.htm

Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral y que son los siguientes:

El recurso de apelación (RAP), el juicio de inconformidad (JIN) y el recurso de reconsideración (RR), para garantizar la constitucionalidad y legalidad de actos y resoluciones de la autoridad electoral federal;

El juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (JDC), para garantizar los derechos político-electorales de los ciudadanos de votar, ser votado y de asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica, en los asuntos políticos del país;

El juicio de revisión constitucional electoral (JRC), para garantizar la constitucionalidad de actos o resoluciones de las autoridades locales en los procesos electorales de las entidades federativas; y

El juicio para dirimir los conflictos o diferencias laborales entre el Instituto Federal Electoral y sus servidores (JLI).

3. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano

La reforma político-electoral de 1996 buscó establecer un sistema integral de justicia electoral, así como un sistema de instrumentos procesales para el control constitucional, y dentro de estos instrumentos, el establecimiento del juicio para la protección de los derechos político-electorales como recurso judicial efectivo para proteger tales derechos.

En este contexto, la función garantista del JDC debe analizarse a partir de su grado de eficacia. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que no basta con que los recursos judiciales existan formalmente, sino que es preciso que estos sean adecuados y efectivos

para reparar la violación a los derechos humanos consagrados tanto en la Convención como en la Constitución y en la ley estatal que se reclama.¹⁶

A través del JDC, se ha dado cauce a muy diversas exigencias de los ciudadanos, desde las relativas a la entrega de la credencial para votar con fotografía, hasta solicitudes muy complejas de acceso a la información pública, sin dejar a un lado, aquellas situaciones que se dan en el interior de los partidos políticos y que forman la mayor parte de este tipo de juicios.

El JDC procede cuando el ciudadano aduce presuntas violaciones a sus derechos de votar y ser votado, de asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos y de afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos, así como también respecto de otros derechos fundamentales vinculados con los derechos político-electorales y necesarios para hacerlos valer.¹⁷

A partir de un espíritu garantista y de una interpretación extensiva de los derechos político-electorales, el Tribunal Electoral ha ampliado, en el ámbito de sus competencias, los alcances de este medio impugnativo. Así, la Sala Superior ha puntualizado, mediante tesis de jurisprudencia, que la interpretación restrictiva de los derechos político-electorales implicaría desconocer los valores tutelados por las normas constitucionales que los consagran, por lo que deben interpretarse con un criterio extensivo, toda vez que no se trata de una excepción o de un privilegio, sino de derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, los cuales deben ser ampliados, no restringidos ni mucho menos suprimidos.¹⁸

¹⁶ NAVA Gomar, Salvador Olimpo, *La función del juicio para la protección de los Derechos Político Electorales en el Sistema de Justicia Electoral Mexicano y sus respectivas reformas*, [en línea], fecha de consulta 25 de julio de 2009, disponible en: <http://www.trife.gob.mx/todo2.asp?menu=15>

¹⁷ Tesis de jurisprudencia, S3ELJ 36/2002, rubro: Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. Procede cuando se aduzcan violaciones a diversos derechos fundamentales vinculados con los derechos de votar, ser votado, de asociación y de afiliación.

¹⁸ Lo anterior se ilustra en la tesis de jurisprudencia S3ELJ 29/2002, con el rubro: Derechos fundamentales de carácter político-electoral. Su interpretación y correlativa aplicación no debe ser restrictiva, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, TEPJF, México, 2005, pp. 97-99.

Con base en tal criterio garantista, propio del constitucionalismo democrático contemporáneo, la Sala Superior del Tribunal Electoral, extendió el ámbito de protección de los derechos político-electorales y de su tutela jurisdiccional no sólo respecto de actos de autoridades electorales, sino también de actos internos de partidos políticos.¹⁹

Así, la interpretación conforme a la Constitución adquiere una especial importancia, pues la misma pretende, por un lado, garantizar la supremacía normativa de la propia ley fundamental, y, por el otro, mantener la coherencia y congruencia del ordenamiento jurídico en su conjunto.

El adecuado equilibrio entre la autoorganización y los derechos de la militancia es la consecuencia natural de tomarnos en serio los derechos fundamentales y el sistema de partidos. El desarrollo jurisprudencial en esta materia es evidente, no sólo a partir del cambio de criterio respecto de la procedencia del JDC contra actos de partidos políticos, sino también respecto de la obligación de respeto y garantía de los derechos político-electorales y otros derechos fundamentales relacionados con ellos exigible a los partidos.

Así, por ejemplo, se ha considerado que entre los elementos que deben establecerse en los estatutos de los partidos políticos para considerarlos democráticos, y por tanto válidos, está la protección de los derechos fundamentales de los afiliados, que garanticen el mayor grado de participación posible, como son el voto activo y pasivo en condiciones de igualdad, el derecho a la información, la libertad de expresión, libre acceso y salida de los afiliados de los partidos y el establecimiento de garantías procesales mínimas en los procedimientos disciplinarios (procedimientos previamente establecidos, órganos independientes e imparciales, respecto a la garantía de audiencia, proporcionalidad de la sanción, debida motivación y fundamentación, etcétera.); así, también es necesaria la existencia de procedimientos de elección interna de dirigentes y candidatos

¹⁹ Tesis de jurisprudencia S3ELJ 03/2003, con el rubro: Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. Procede contra actos definitivos e irreparables de los partidos políticos, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, cit. pp. 161-164.

que garanticen la igualdad y las condiciones democráticas, y la adopción de la regla de mayoría como criterio básico en la toma de decisiones.²⁰

La propia naturaleza de los derechos fundamentales y su eficacia *erga omnes* supone que los partidos políticos están obligados a respetarlos.

Congruentemente con tal postulado democrático, la Sala Superior ha confirmado la obligación de los partidos de respetar también otros derechos políticos, como es el derecho de petición y el de acceso a la información en materia político-electoral. Asimismo, la Sala ha expresado la necesidad de transparentar los procesos internos de selección de candidatos y dirigentes, para garantizar el principio de certeza y cumplir el imperativo democrático.

Otro aspecto fundamental, es la obligación de establecer medios de defensa intrapartidarios efectivos. Al respecto, en un criterio reiterado de la Sala Superior, expresado además en jurisprudencia obligatoria, que es necesario agotar los medios de impugnación intrapartidarios antes de acudir a la instancia jurisdiccional, en estricto acatamiento del principio de definitividad y a la autonomía partidaria, siempre y cuando tales medios de defensa cumplan la función de ser aptos para modificar, revocar o nulificar los actos y resoluciones contra los que se hagan valer y siempre que se respeten las normas fundamentales del debido proceso legal.²¹

Por lo que no se justifica acudir *per saltum* a la jurisdicción electoral, si el conflicto puede tener solución en el ámbito interno del partido político de que se trate.²²

²⁰ Tesis de jurisprudencia, S3ELJ 03/2005, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997*, Rubro: Estatutos de los partidos políticos. Elementos mínimos para considerarlos democráticos.

²¹ Tesis S3ELJ 05/2005, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, tomo jurisprudencia, pp. 172-173, Rubro: Medio de impugnación intrapartidario. Debe agotarse antes de acudir a la instancia jurisdiccional, aun cuando el plazo para su resolución no esté previsto en la reglamentación del partido político.

²² Tesis de jurisprudencia S3ELJ 04/2003, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997- 2005*, tomo jurisprudencia, pp. 178-181. Rubro: Medios de defensa internos de los partidos políticos. Se deben agotar para cumplir el principio de definitividad.

4. Justicia electoral

Los grandes pensadores que han abordado la justicia difieren en su manera de concebirla, y todo parece indicar que nunca llegaremos a estar de acuerdo con su significado pleno.

Hans Kelsen criticó la pertinencia de esta discusión al señalar que cualquier definición de justicia lleva implícita la presuposición de un juicio de valor, el cual es relativo y cambiante según la época o filósofo que la formula.²³

La Constitución preceptúa con toda claridad, en su artículo 17, que: "Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial".

El tema relativo a la justicia electoral suele presentarse en dos sentidos: el amplio, considera todos aquellos principios, mecanismos, valores y medidas relativas a la consecución de la democracia representativa, tales como el efectivo sufragio, la integración de órganos de representación política, la libertad de asociación y la constitución de los partidos políticos, el financiamiento público, el pluralismo y las condiciones equitativas para el desarrollo de los procesos electorales. Por otra parte, el estricto se entiende como el aspecto técnico de la misma, es decir, los juicios, los recursos, los medios de impugnación de los actos, procedimientos y procesos electorales, que se sustancian ante órganos, administrativos, políticos o jurisdiccionales, para lograr que los procesos electorales y las elecciones se ajusten en todo a derecho, es decir, a los principios constitucionales, legales resolviendo conflictos o infracciones a la normatividad electoral.²⁴

La Constitución consagra el carácter jurisdiccional del sistema de justicia electoral, al establecer que los medios de impugnación que corresponde

²³ HANS Kelsen, *¿Qué es la Justicia?*, en *las Lecturas de Filosofía del Derecho*, México, D.F., Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1992, pp. 13-34.

²⁴ LARA Sáenz, Leoncio, *La Justicia Electoral Italiana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 289.

resolver al Tribunal Electoral tienen por finalidad *garantizar los principios de constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales*.

Para que el sistema de justicia electoral se constituya en auténtico garante de que los principios de constitucionalidad y legalidad se observen en todo acto y resolución de las autoridades electorales, se requiere que el referido sistema reúna determinados perfiles, rasgos o características que en el propio derecho se regulan y aseguran a través de las denominadas *garantías judiciales*, en beneficio no sólo de la independencia e imparcialidad del Tribunal Electoral y sus miembros, sino de los derechos político-electorales de los ciudadanos.

En el ámbito del derecho, con el término *garantías* se hace referencia a cualquier medio o instrumento jurídico por el cual se aseguran, afianzan, protegen, respaldan, defienden, salvaguardan o apoyan determinados derechos o instituciones estatuidos a favor de los justiciables o gobernados y, en este sentido, cabe afirmar que el sistema de justicia electoral constituye la gran garantía de vigencia del Estado democrático de derecho.

Las principales garantías judiciales del sistema de justicia electoral se divide en dos grupos: las orgánicas (relaciones con el Tribunal y los juzgadores electorales) y las procesales (relativas básicamente a la jurisdicción y al proceso judicial electoral).²⁵

Con las garantías judiciales orgánicas se aseguran el carácter jurídico de la función jurisdiccional en materia electoral al promover (tanto para el órgano judicial como para los juzgadores que lo integren) la especialización material y la independencia que indispensablemente se requiere para establecer con rigor técnico el sentido preciso del mandato de la ley y ajustarse a él con absoluta fidelidad, al margen de cualquier consideración ajena a lo jurídico.

²⁵OROPEZA Barbosa, Antonio, Tribunal Electoral del Estado de Puebla. [en línea], fecha de consulta 30 de agosto de 2013, disponible en: http://ciam.uco1.mx/posgrado/derecho/material_electoral.pdf

Con las garantías judiciales procesales promueven y aseguran determinados atribuidos tanto para la jurisdicción electoral como para los procesos jurisdiccionales, esto es, los medios de impugnación que se presentan ante el Tribunal Electoral, básicamente con la finalidad de lograr la efectividad y eficacia del sistema de justicia electoral.

El sistema se considera efectivo en tanto que logra estar a disposición de todo aquel (según el caso, ciudadano, candidato, partido político o agrupación política) cuyos derechos electorales son agraviados y proporciona una solución oportuna al conflicto planteado.²⁶

El sistema se estima eficiente toda vez que guarda razonable correspondencia con la naturaleza y los propósitos de las normas sustantivas cuya vigencia tutelar, esto es, constituye un instrumento a la medida del derecho electoral sustantivo y capaz de proteger y, en su caso, restituir auténticamente la vigencia de éste.²⁷

III. Hipótesis y planteamiento del problema

1. Hipótesis

Si en la legislación electoral mexicana se implementaran una serie de principios procesales mínimos que cumplan la función de ser aptos para modificar, revocar o nulificar los actos y resoluciones contra cualquier procedimiento disciplinario que se siga dentro de un partido político y que estén dirigidas a no provocar la indefensión en el afiliado que se vea inmerso en una causa disciplinaria, y a garantizar la igualdad entre ambas partes de dicho proceso, entonces existiría un control jurisdiccional directo, a través de medios de defensa interpartidarios efectivos, que darían seguridad jurídica y una verdadera garantía de los derechos político-electorales.

²⁶ Para mayor referencia, véase OROZCO Henríquez *et al.* *El sistema mexicano de justicia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, proceso electoral federal 2002 – 2003, México, 2003.

²⁷ OROZCO Henríquez, J. Jesús, *Justicia Electoral y Garantismo Jurídico*, México, Porrúa, UNAM, 2006. pp. 35-49.

2. Planteamiento del problema

A consecuencia de una interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, derivada de la resolución de contradicción de tesis 2/2000-PL,²⁸ se creó una laguna en el sistema mexicano de protección de derechos fundamentales político-electorales, que se había diseñado en 1996, dejando sin protección alguna a los ciudadanos ante la aplicación de una ley inconstitucional, pues tampoco el juicio de amparo se ha considerado viable para la materia electoral.

Dada la improcedencia del juicio de amparo para la tutela de los derechos políticos, la instauración del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano vino a llenar una laguna en el sistema mexicano de justicia electoral en la defensa de los derechos político-electorales.

A partir de un espíritu garantista y de una interpretación extensiva de los derechos político-electorales, el Tribunal Electoral ha ampliado, en el ámbito de sus competencias, los alcances de este medio impugnativo.

La Sala Superior del Tribunal Electoral, extendió el ámbito de protección de los derechos político-electorales y de su tutela jurisdiccional a actos internos de partidos políticos, toda vez que si los partidos políticos realizan actos donde se permite la participación de los militantes, lógico es que deben actuar con base en procesos que reúnan las características de ser democráticos, en virtud de que no se puede concebir una sociedad, donde la participación en la designación de quienes deben representarle en los distintos cargos públicos o partidistas, se haga a través de formas o mecanismos que permitan que los ciudadanos o militantes elijan de manera mayoritaria a sus representantes.

Pero tratándose de partidos políticos, puede en ocasiones, que sus actos vulneren derechos político-electorales de los militantes, lo que da lugar a

²⁸ Tesis de jurisprudencia P./J.23/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XV, junio de 2002, p. 82, rubro: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Carece de competencia para pronunciarse sobre inconstitucionalidad de leyes.

que esos actos se impugnen ante las instancias partidistas, órganos jurisdiccionales locales, y como última instancia, en caso de no restituirse el derecho del militante, acudir ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación mediante el JDC y mediante norma jurisprudencial el juicio es procedente contra actos o resoluciones definitivos de los partidos políticos que sean susceptibles de vulnerar irreparablemente los derechos político-electorales de sus afiliados.

No obstante, con el derecho de autorregulación de los partidos políticos, derivado de la exigencia legal de que los estatutos de los partidos políticos prevean medios internos de defensa de los derechos político-electorales de sus afiliados, dicho tribunal estableció que antes de acudir a una instancia administrativa o jurisdiccional en busca de desagravio, el afiliado presuntamente afectado debiera agotar las instancias internas partidarias.

Sin embargo, ante las pocas garantías orgánicas y procesales que presentan los procedimientos disciplinarios al interior de los partidos, ha hecho que los ciudadanos traten de justificar siempre el llamado *per saltum* y accedan directamente a la jurisdicción del Estado.

3. Propuestas

La importante función que los partidos políticos están llamados a desempeñar en el Estado constitucional democrático de derecho ha propiciado, que en la mayoría de los ordenamientos constitucionales se les reconozca e, incluso, en varios de éstos se asegure que los partidos cuenten con un mínimo de elementos materiales de origen público para el cumplimiento de sus fines y se prevea que su estructura y funcionamiento interno deben apegarse al principio democrático.²⁹

Sin la existencia de partidos no puede haber democracia auténtica, una forma de organización política eficaz, ni mucho menos, perdurable. El relevante papel que los partidos políticos desempeñan en las modernas

²⁹ VARGAS Baca, Carlos, *Los partidos políticos en México*, [en línea], fecha de consulta 30 de agosto de 2013, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Noticias/NoticiasOJN/Eventos/2doCI/Textos/15.pdf>

democracias pluralistas, justifica que el Estado les proporcione, de manera equitativa, elementos y recursos para llevar a cabo sus actividades, y exige al mismo tiempo, que se extienda la obligación de que su estructura interna y su funcionamiento sean democráticos.³⁰

Por lo que, el reto para todo ordenamiento que pretenda regular la democracia interna de los partidos políticos y, de manera especial, de cualquier órgano jurisdiccional al que le compete garantizarla, es lograr un equilibrio o armonización entre dos principios o valores fundamentales aparentemente contrapuestos, como es derecho de los afiliados a la participación democrática en la formación de la voluntad partidaria y el derecho de los partidos políticos a la libre autoorganización, en cuyo respecto se debe preservar la existencia de un ámbito libre de interferencias de los órganos del poder público en la organización y el funcionamiento interno de los partidos, en el entendido de que, a diferencia de lo que ocurre con otros tipos de asociación, en el caso de los partidos políticos ese derecho de autoorganización tiene un límite consistente en el derecho de los propios afiliados a participar democráticamente en su organización y funcionamiento.³¹

A partir de estas premisas, entendemos que el concepto de "democracia interna" ha de descansar sobre tres pilares fundamentales que, a su vez, están integrados por una serie de elementos complementarios.

En primer lugar implica la necesidad de otorgar a los afiliados las mayores oportunidades posibles de participar en el proceso interno de la toma de decisiones, a través de mecanismos como el carácter electivo de los cargos directivos del partido; el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo en favor de todos los afiliados

³⁰ Véase OROZCO Henríquez, José de Jesús, *La democracia interna de los partidos políticos en Iberoamérica y su garantía jurisdiccional*, Colección de Cuadernos de Divulgación sobre aspectos doctrinarios de Justicia Electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2004.

³¹ Apelaciones y Otros Medios de Impugnación. Red de Conocimientos Electorales (ACE), [en línea], fecha de consulta 30 de agosto de 2013, disponible en: http://aceproject.org/ace-es/topics/lf/lfb/lfb12/lfb12b/default?set_language=es

para proveer dichos cargos; la garantía de la posibilidad de constituir de corrientes internas de opinión; el carácter mayoritariamente representativo y colegiado de los órganos directivos; la adopción de la regla de la mayoría como criterio básico para la toma de las decisiones internas; la conversión de la Asamblea del partido en el órgano decisor supremo; el fomento en el interior de los partidos del uso de mecanismos de democracia directa, tales como el referéndum; la participación de las bases en los procesos electivos internos, tanto para cargos dentro del partido como para la elaboración de las listas electorales, mediante la presentación de sus propios candidatos; la regulación estatutaria de las relaciones entre la organización central y las subdivisiones territoriales del partido basadas en la técnica de la descentralización como mecanismo de acercamiento de la organización al afiliado; el fomento por el propio partido del pluralismo interno; la ampliación de las posibilidades de los afiliados en la contribución al sostenimiento financiero de su partido; y la garantía de independencia de actuación para los cargos públicos electos frente al "aparato" del partido de procedencia.

En segundo lugar, el concepto de "democracia interna" exige el respeto en el seno de los partidos de una serie de derechos esenciales de sus afiliados, que deberán ser expresamente reconocidos por los Estatutos partidistas: la libertad de expresión, tanto interna como externa; la libertad de la creación de corrientes internas de opinión; el derecho de acceso a cargos partidistas y a formar parte de las listas electorales presentadas por el partido; el derecho de información; la garantía del respeto de determinados principios procesales en los procedimientos internos partidistas, tales como la tipicidad, proporcionalidad, audiencia al interesado, motivación de la decisión sancionadora y existencia de una segunda instancia revisora. Finalmente, se ha considerado conveniente la creación del "Defensor del Afiliado" como órgano partidista independiente para garantizar los derechos de la afiliación.

Por último, también se ha considerado consustancial al concepto de "democracia interna" la necesidad de someter a los grupos dirigentes partidistas a una serie de mecanismos para controlar el adecuado ejercicio de su poder dentro del partido, tales como su revocabilidad, el sometimiento a un riguroso sistema de incompatibilidades, el acortamiento de sus mandatos y la imposibilidad de su reelección.³²

Se propone la creación de una ley de partidos, desagregada del código electoral, en el que se incluya un capítulo que establezca la facultad disciplinaria con que cuentan los partidos políticos respecto de sus miembros o afiliados, como parte de su derecho de autoorganización y, en tal sentido, de su derecho fundamental político-electoral de asociación, con base en el cual cada partido establecería en sus estatutos las causas por las cuales cabe sancionar a un militante, así como el procedimiento que ha de seguirse al efecto; ¿Cuáles serían esas mínimas reglas a respetar en todo procedimiento disciplinario?

En primer lugar, el derecho a un procedimiento disciplinario establecido de antemano, de forma que la inexistencia del mismo provocará la total indefensión del sancionado, se asegura de esta forma un mínimo común denominador para todos, y queda su concreción y detalle a la regulación vía Estatutos, que podrán adaptarlos a las necesidades de cada partido, siempre con respeto a la regulación mínima legal.

En segundo lugar, tipificar todas y cada una de las conductas a realizar por los afiliados que puedan dar lugar a la imposición de una sanción, y cumplir con ello un mínimo de seguridad jurídica. Esas sanciones deberán ser proporcionales a la conducta realizada, para establecer una graduación que podría ir desde la simple advertencia hasta la expulsión del partido para los casos más graves.

³² NAVARRO Méndez, José Ignacio, *La Democracia Interna de los Partidos Políticos y el Respeto de los Derechos Fundamentales de los afiliados: La experiencia española*, pp. 465 y 466, [en línea], fecha de consulta 25 de julio de 2009, disponible en: <http://www.trife.org.mx/todo2.asp?menu=15>

En tercer lugar, deberá estar garantizado el derecho a ser oído en dicho procedimiento con carácter previo a la resolución disciplinaria. La decisión a adoptar por el órgano encargado de resolver en los procedimientos disciplinarios será siempre motivada.

Por otro lado, entendemos que el conocimiento de los procedimientos disciplinarios debería encomendarse siempre a comisiones arbitrales creadas a tal efecto en el interior del partido.

La competencia de estos órganos será total, tanto para la instrucción como para la resolución de los expedientes. Los miembros de dichos órganos serán designados por las Asambleas de los afiliados (locales, regionales y nacional) de forma que, según la gravedad de la conducta enjuiciada, se atribuirá su conocimiento, bien a una comisión arbitral local (para las faltas leves), bien a la regional (para las graves o muy graves).³³

Frente a las resoluciones de estas comisiones cabrá siempre recurso ante la Comisión inmediatamente superior que, de admitirse, provocará la suspensión inmediata de la ejecución de la sanción impuesta por el órgano inferior, a la espera de la resolución del recurso por el superior. Una vez agotada la vía interna, debería concederse la posibilidad de plantear el correspondiente recurso en vía judicial.

Por último, deben establecerse medidas para garantizar la independencia e imparcialidad de los miembros de dichas comisiones arbitrales: la duración de su mandato debe ser superior al de los órganos directores; una vez nombrados, no podrán ser revocados de sus puestos, salvo supuestos de sustitución, que estarán normados; y su cargo será incompatible con cualquier otro de carácter representativo dentro o fuera del partido.

³³ Reunión Nacional de Juzgadores Electorales, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, tomo III, [en línea], fecha de consulta 30 de agosto de 2013, disponible en: http://www.te.gob.mx/sites/default/files/publicaciones/doc-relacionado/villahermosa_p3_2.pdf

De este modo, la exigencia de la democracia interna de los partidos políticos tiene por objeto impedir que la patología de los partidos afecte el funcionamiento de los órganos de poder y ponga en peligro el correcto funcionamiento del Estado Democrático, ante las pocas garantías orgánicas y procesales que presentan los procedimientos disciplinarios al interior de los partidos.³⁴

IV. Conclusiones

La democracia interna de los partidos políticos y su protección jurisdiccional no ha sido objeto de una adecuada regulación legislativa ni cabal desarrollo jurisprudencial.

La tutela judicial de los derechos político-electorales plasmados en los Estatutos de los partidos políticos, deben establecer, entre otros, los medios y procedimientos de defensa internos para los afiliados a los que se les hubiera aplicado una sanción.

El derecho de autoorganización de los partidos políticos, tiene un límite consistente en el derecho de los propios afiliados a la participación democrática en su organización y funcionamiento.

Los ordenamientos electorales prevén que todo afiliado o miembro de un partido político pueda impugnar, ante el correspondiente tribunal electoral, los actos y decisiones internos del propio partido que fuesen considerados ilegales a través de los cuales se les desconoció algún derecho, una vez agotadas las instancias de defensa intrapartidarias.

³⁴ OROZCO Henríquez, José de Jesús, *La democracia interna de los partidos políticos en Iberoamérica y su garantía jurisdiccional*, Colección de cuadernos de Divulgación sobre aspectos doctrinarios de Justicia Electoral, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2004.

V. Fuentes de consulta

Bibliográficas

ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.

CÁRDENAS Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2007.

CÓRDOVA Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coordinadores), *Constitución, democracia y elecciones. La reforma que viene*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Internacional IDEA, 2007.

FERRAJOLI, Luigi, *Hacia una teoría jurídica de la democracia, Teoría de la democracia, dos perspectivas comparadas*, trad. de Lorenzo Córdova, México, Instituto Federal Electoral, 2002.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004.

HANS Kelsen, *¿Qué es la Justicia?, en las Lecturas de Filosofía del Derecho*, México, D.F., Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1992.

LARA Sáenz, Leoncio, *La Justicia Electoral Italiana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

OROZCO Henríquez, et al., *El sistema mexicano de justicia electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, proceso electoral federal 2002 – 2003, 2003.

OROZCO Henríquez, José de Jesús, *La democracia interna de los partidos políticos en Iberoamérica y su garantía jurisdiccional. Colección de cuadernos de Divulgación sobre aspectos doctrinarios de Justicia Electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2004.

OROZCO Henríquez, José de Jesús, *Justicia Electoral y Garantismo Jurídico*, México, Porrúa, UNAM, 2006.

PATIÑO Camarena, Javier, *Derecho Electoral Mexicano*, 5ª. Ed., México, Instituto Federal Electoral y Editorial Constitucionalista, 1999.

PRIETO, San chís Luis, *Constitucionalismos y positivismo*, México, Fontamara, 2005.

Hemerográficas

LINZ, Juan, "Para un mapa conceptual de las democracias", *Revista Politeia*, núm. 26, 2001.

Legislativas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de noviembre de 1996.

Jurisdiccionales

Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005.

Electrónicas

Apelaciones y Otros Medios de Impugnación, Red de Conocimientos Electorales (ACE), [en línea], fecha de consulta 30 de agosto de 2013, disponible en: http://aceproject.org/ace-es/topics/lf/lfb/lfb12/lfb12b/default?set_language=es

Medios de Impugnación en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, [en línea], fecha de consulta 30 de agosto de 2013, disponible en: http://www.te.gob.mx/tribunal/medios_t.htm

NAVARRO Méndez, José Ignacio, *La Democracia Interna de los Partidos Políticos* y el Respeto de los Derechos Fundamentales de los afiliados: la experiencia española, pp. 465 y 466, [en línea], fecha de consulta 25 de julio de 2009, disponible en: véase <http://www.trife.org.mx/todo2.asp?menu=15>

OROPEZA Barbosa, Antonio, Tribunal Electoral del Estado de Puebla, [en línea], fecha de consulta 30 de agosto de 2013, disponible en: http://ciam.ucol.mx/posgrado/derecho/material_electoral.pdf

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, [en línea], disponible en: <http://www.te.gob.mx>

Reunión Nacional de Juzgadores Electorales, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Tomo III, [en línea], fecha de consulta 30 de agosto de 2013, disponible en: http://www.te.gob.mx/sites/default/files/publicaciones/doc-relacionado/villahermosa_p3_2.pdf

Sepúlveda Valle, Carlos, *Constitución y Estado de Derecho*, p. 14, [en línea], fecha de consulta 25 de julio de 2009, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/podium/cont/12/cnt/cnt1.pdf>
Vargas Baca, Carlos, *Los partidos políticos en México*, [en línea], fecha de consulta 30 de agosto de 2013, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Noticias/NoticiasOJN/Eventos/2doCI/Textos/15.pdf>

ANÁLISIS DE SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES Y SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

*María Nieves Pacheco Jiménez**
*María del Pilar Molero Martín-Salas***

SUMARIO: I. Contextualización; 1. Introducción; 2. El servicio público en la Constitución Española; II. Elementos configuradores del servicio público; III. Servicio público esencial y servicio de interés general; 1. Diferenciación teórica; 2. Análisis de servicios públicos esenciales y de servicios de interés general; A. Educativos y asistenciales; B. Comunicaciones; C. Transporte; D. Otros servicios; IV. Fuentes de consulta.

* Profesora Doctora en Derecho Civil por la Universidad de Castilla-La Mancha (España), Máster en Consumo y Trabajo Social y Máster en Derecho Sanitario y Bioética. Realiza contribuciones periódicas sobre materias eminentemente patrimonialistas para reconocidas editoriales jurídicas y para el prestigioso Centro de Estudios de Consumo (CESCO) de la Universidad de Castilla-La Mancha. Ha participado como ponente en cursos a nivel internacional (Universidad de La Habana, Universidad de San José de Costa Rica, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra de Santo Domingo, Universidad de Varsovia...) y nacional. Actualmente, sus líneas de investigación versan sobre el Derecho de daños, el Derecho sanitario y el Derecho de consumo, participando en proyectos competitivos del Ministerio de Ciencia e Innovación. marianieves.pacheco@uclm.es

** Profesora Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Doctorado con Mención Europea, autora de diversas publicaciones relativas a Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional y Derecho electoral, destacando entre sus líneas de investigación: la disposición de la propia vida y salud, el rechazo al tratamiento médico, la igualdad y la perspectiva de género. Docente de diversos Másteres y Cursos de Posgrado, tanto en España como a nivel internacional, destacando su participación en el Máster de Derecho Constitucional impartido en la Universidad de Baja California, México, y en el Título de Especialista en Derechos Humanos impartido en la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México D.F. Ponente en numerosos foros nacionales e internacionales (Universidad de San José de Costa Rica, Universidad de La Habana, Universidad de México...). mariapilar.molero@uclm.es

Recibido: 27 de mayo 2014
Aceptado: 1 de junio de 2014

Resumen:

A pesar de la patente crisis de la tradicional doctrina de los servicios públicos motivada por factores propios de una sociedad globalizada y avanzada tecnológicamente, es indiscutible que la existencia y el correcto funcionamiento de dichos servicios, en sus diversas modalidades (educativa, asistencial, de transporte, de comunicaciones, de energía eléctrica, de hidrocarburos, de abastecimiento de agua, etc.) constituyen una constante demanda de los ciudadanos, con un acceso igualitario a ellos, con la debida protección como consumidores y usuarios, y con las garantías de universalidad, continuidad y calidad. De ahí que la administración pública, o las empresas privadas a través de técnicas concesionales, deban satisfacer adecuadamente, y en aras de las necesidades generales básicas para el correcto desarrollo de la sociedad, dicha demanda.

El presente trabajo hace un recorrido por la evolución histórico-jurídica de los servicios públicos esenciales y de interés general, analizando la naturaleza y regulación de las categorías más importantes.

Palabras clave: servicio público, servicio esencial, servicio de interés general, sociedad, administración pública, empresa.

Abstract:

Despite the obvious crisis of traditional public services doctrine, motivated by several factors such as the globalized and technologically advanced society, it is not debatable that the existence and the correct operation of these services (education, healthcare, transport, communications, electricity, hydrocarbons, water, etc.) are a citizens permanent demand, based on equal access, an adequate protection as consumers and users, and the guarantees of universality, continuity and quality. So, Public Administration or private companies, using concessional techniques, must satisfy those services appropriately with the objective of a proper development of this society.

This research focuses on historical and legal evolution of essential and general interest public services, analyzing the nature and regulation of the most important categories.

Key words: public service, essential service, general interest service, society, Public Administration, company.

I. Contextualización

1. Introducción

Con carácter general puede entenderse el servicio público como la actividad por la que, mediante una organización *ad hoc*, la administración pública realiza de forma regular y continua la prestación de una utilidad singular a los ciudadanos, que satisface también una necesidad general que se considera esencial para el funcionamiento de la sociedad.¹ Si bien, se trata de un concepto que no ha permanecido estático,² sino que desde mediados del siglo XX ha evolucionado gracias a los constantes cambios económicos, sociales, políticos y culturales.

En lo que respecta a España, a la mencionada evolución ha contribuido la Unión Europea, que ha dejado de lado la tradicional concepción de servicio público para reorganizarlo en base a las ideas de concurrencia y competencia.³ Las premisas de libertad de comercio de productos y mercancías, la libertad de establecimiento y prestación de servicios, la libertad de movimiento de capitales y la libertad laboral (en definitiva, la globalización),⁴ han desencadenado la ruptura de monopolios comerciales

¹ COSCULLUELA Montaner, L., *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, 24ª Ed., Civitas, 2013, p. 591.

² Las primeras reflexiones doctrinales sobre el concepto de servicio público se encuentran en la obra de Hauriou, que lo calificó como "fruto tardío de la civilización" y lo definió como "servicio técnico prestado al público de forma regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública por una organización pública no lucrativa". HAURIOU, M., *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Sirey, 8ª Ed., 1914, pp. 13 y 14. Posteriormente, Duguit definió el servicio público como "toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desarrollo de la interdependencia social, y que es de tal naturaleza que no puede realizarse completamente si no es por la intervención de la fuerza gubernamental". DUGUIT, L., *Traité de Droit constitutionnel*, 3ª Ed., Paris, 1928, tomo II, p. 4.

³ MATÉS Barco, J.M., "Empresas, sociedad y servicios públicos: del Estado prestador al Estado regulador", en *Revista Empresa y Humanismo*, Navarra, 2008, volumen XI, p. 202.

⁴ El uso del término globalización se empieza a utilizar en los años sesenta del siglo pasado como un prisma que reflejaba la complejidad e independencia del sistema capitalista mundial. Resulta de interés el documento publicado por la OCDE en 1996 bajo el título *Globalisation: What Challenges and Opportunities for governments?* Éste, entre otros aspectos, planteaba la necesidad de realizar un análisis riguroso del impacto que tiene la globalización sobre las políticas nacionales e internacionales y la recomposición de relaciones entre los diversos actores que intervienen en el proceso de políticas públicas, destacando que el objetivo final es proteger y fortalecer la democracia. ÁBALOS Meco, J.L., *Descentralización, financiación y servicios públicos. Fortalecimiento de la ciudadanía y cohesión social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 86.

que no se encuentren vinculados a una actividad de interés general, conllevando la modificación de la regulación de los grandes servicios públicos.⁵

La doctrina del servicio público parte de la asunción por la administración del control de ciertos sectores de actividad mediante un acto formal, tanto si ella misma se hace cargo directamente de su gestión, como si se la concede a una empresa privada.⁶

Sin embargo, desde hace unos años es patente una crisis de esta doctrina, a consecuencia de varios factores: la paulatina expansión de las Comunidades Europeas, la progresiva implantación del mercado único basado en la libre competencia, y los continuos avances tecnológicos.⁷ De ahí que actualmente sea más acertado el concepto de "servicio universal", entendido como servicio de calidad a un precio asequible para todos, para cuya efectiva satisfacción las leyes reguladoras de los sectores liberalizados deben imponer a todos los operadores por igual unas concretas obligaciones de servicio público, encargándose la Administración de hacerlas cumplir y, en su caso, ejerciendo su potestad sancionadora.⁸

Como observa García de Enterría, "lo que había de esencial en la vieja doctrina del servicio público permanece así, sin variaciones apreciables, en el nuevo contexto de las actividades liberalizadas".⁹

Lo que es indiscutible es que la existencia y el correcto funcionamiento de los servicios públicos constituyen una constante demanda de los ciudadanos.

⁵ MATÉS Barco, J.M., *op. cit.*, nota 3, p. 202.

⁶ GARCÍA de Enterría, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, volumen II, Civitas, 13ª Ed., 2013, p. 71.

⁷ *Idem.*

⁸ *Idem.*

A este nuevo esquema responden las siguientes leyes: Ley 24/1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, de 13 de julio (derogada por Ley 43/2010, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal, de 30 de diciembre); Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, de 27 de noviembre; Ley 39/2003, del Sector Ferroviario, de 17 de noviembre; Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, de 3 de noviembre.

⁹ GARCÍA de Enterría, E. y Fernández, T.R., *op. cit.*, nota 6, p. 72.

Así, estos deben ver satisfecho su acceso a servicios públicos –con la debida protección como consumidores y usuarios- que obedezcan a los principios de servicio universal, continuidad, calidad e igualdad.

2. El servicio público en la Constitución Española

En España, el servicio público surgió a mediados del siglo XIX bajo unas determinadas circunstancias sociales, económicas y políticas. Concretamente, la sociedad rural decimonónica, con pocos recursos y escaso desarrollo de infraestructuras, necesitaba una técnica jurídica que permitiera el acceso de sus ciudadanos a servicios básicos de agua, gas, electricidad, saneamiento, transporte, etc. Para ello el Estado desarrolló el Derecho administrativo estatal y el Derecho administrativo local, estableciendo unas normas jurídicas que preveían para determinadas actividades un régimen jurídico distinto al de Derecho común. Esta intervención y los avances tecnológicos e industriales contribuyeron a la creación del "servicio público" y a la consecución de una sociedad más urbana, igualitaria y con mayor esperanza de vida.¹⁰

El hito normativo más importante en nuestro país vino dado por la promulgación de la Constitución de 1978 (en adelante, CE). Concretamente, en el artículo 38 CE se reconocen dos de los pilares básicos de la que se ha denominado la "Constitución económica", esto es, la libertad de empresa y la economía de mercado, cuya principal finalidad es la de controlar la acción económica del Estado. Sin embargo, dicho reconocimiento no impide que también se establezcan límites a dicha libertad, como la planificación (prevista por el propio artículo 38 CE) o la iniciativa económica pública (también reconocida en la norma suprema en el artículo 128 CE).

Dicha "Constitución económica" se completa, por tanto, con otras previsiones constitucionales encaminadas a limitar los derechos privados y a permitir la intervención estatal, siempre en aras del interés público, al

¹⁰ MATÉS Barco, J.M., *op. cit.*, nota 3, pp. 196 y 197.

que está subordinada toda la riqueza del país, como establece el apartado primero del artículo 128 CE.

Es el apartado segundo del citado artículo el que concreta la mencionada intervención estatal, estableciéndose que: "Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general".

Todo ello nos indica que, aunque se reconoce la libertad de empresa y la economía de mercado, también se habilita al legislador para que excluya del sector privado aquellas actividades económicas que considere esenciales para la sociedad. Existe, por tanto, una reserva de ley en cuanto a determinar cuáles son esas actividades concretas.¹¹

Tratándose el presente estudio de la reserva al sector público de recursos y servicios esenciales, es trascendental acuñar una definición de "servicio público esencial".¹² Sin embargo, no es ésta una tarea fácil (de hecho, ni en la propia Constitución se observa un concepto estricto), pues han sido varios los intentos por determinar tal noción, no llegando a una definición homogénea por su íntima relación con el contexto social y económico del momento, y por tanto en constante evolución, como ya mencionamos unos párrafos más arriba.¹³ Así las cosas, no nos resta más que ofrecer una serie de elementos caracterizadores que, sumados, nos aproximen al significado adecuado de dicho concepto.

¹¹ Existen en la doctrina diversidad de opiniones en cuanto a si la reserva de ley debe exigirse siempre que se trate de servicios públicos, o solo cuando estos son prestados por el sector público, y no si es prestado por empresas privadas. Aunque se trata de un tema interesante, no podemos profundizar en el mismo; sirva como ejemplo COSCULLUELA Montaner, L., *op. cit.*, nota 1, p. 593, que opina que la reserva de ley debe existir siempre.

¹² Algún autor se muestra reticente a la denominación de "servicio público esencial", pues los servicios públicos son servicios esenciales, aunque no todos éstos son servicios públicos. MEILÁN Gil, J.L., "El servicio público en el contexto constitucional y comunitario", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 9, 2005, p. 531.

¹³ Para algunos autores esta falta de concreción supone un aspecto positivo ya que un concepto demasiado estricto podría suponer la drástica reducción de la técnica del servicio público y dejar fuera actividades de utilidad general. CHINCHILLA Marín, C., *La radio-televisión como servicio público esencial*, Tecnos, 1988, p. 96.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981 (STC 26/1981) se pronuncia sobre el concepto de servicio esencial, pero en relación con el derecho de huelga. Pues bien, aunque no se trate de dos conceptos idénticos, esta sentencia observa como "esenciales" las "actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de una comunidad", siendo la actividad industrial o mercantil relacionada con prestaciones vitales una actividad que es esencial en el sentido del 128.2 CE a efectos de reserva. En definitiva, una prestación vital o necesaria para la vida de una comunidad, indispensable para el funcionamiento de la sociedad -con los rasgos y características propios de las circunstancias tecnológicas de nuestra época-, sería una actividad esencial a efectos del artículo 128.2 CE.¹⁴ Se trataría, pues, de actividades materiales o técnicas consistentes en la prestación¹⁵ de servicios finales para satisfacer las demandas y necesidades de la sociedad, esto es, en aras a la consecución de un interés general.

El servicio público debe sujetarse a los principios de legalidad, continuidad, movilidad o adaptabilidad al progreso tecnológico, igualdad y gratuidad (en ciertos casos). Así: 1) Corresponde al poder legislativo el reconocimiento de una actividad como de interés esencial dotando los créditos necesarios para su satisfacción mediante la creación de un servicio público. 2) El servicio público se debe desarrollar de forma ininterrumpida (bien continua, bien en los días y horarios previstos), de acuerdo con la naturaleza de la prestación. 3) Quien presta el servicio público está obligado a incorporar a la prestación los adelantos técnicos que se vayan produciendo. 4) El servicio público debe prestarse atendiendo al interés general, sin fines partidistas. 5) El usuario del servicio público debe ser tratado de forma igualitaria, prohibiéndose todo trato discriminatorio (aunque eso no implica un trato uniforme ya que serán lícitas las diferencias en función de la situación de determinados colectivos). 6) La gratuidad del servicio público sólo será aplicable cuando se derive de la naturaleza del servicio en cuestión o venga impuesto por una norma constitucional o

¹⁴ MORENO Fernández-Santa Cruz, M., *Sinopsis del artículo 128 de la Constitución Española*, 2003, actualizada por Moret, V., junio 2011, disponible en: www.congreso.es

¹⁵ Aunque también puede tratarse de actividades de limitación (v. gr., telecomunicaciones, televisión, radio, etc.). ÁBALOS Meco, J.L., *op. cit.*, nota 4, p. 90.

legislación específica; fuera de esos supuestos el coste total o parcial del servicio puede ser recuperado por la administración y el concesionario a través de las tarifas correspondientes.¹⁶

Entendida la reserva como atribución de titularidad sobre un servicio esencial, en nuestra Constitución no cabe ninguna clase de reserva al Estado de recursos o servicios distintos de los esenciales. Así, las actividades económicas de prestación, regular y continua¹⁷ que, por su carácter de esencial para la comunidad, y con el límite de la garantía constitucional de la libertad de empresa y la economía de mercado, son sustraídas de la titularidad de los particulares.¹⁸

No obstante, esa idea de reserva no es incompatible con el hecho de que la gestión de la actividad sea entregada a particulares mediante técnicas concesionales; siendo ésta la interpretación que debe prevalecer del artículo 128.2 CE.¹⁹ Es más, la liberalización de ciertos sectores no es óbice para que la actividad siga estando regulada en garantía del interés público, siempre bajo el principio de proporcionalidad y criterios objetivos.²⁰

Continúa el artículo 128.2 CE con una matización a esta reserva: "especialmente en caso de monopolio", esto es, en aquellos supuestos en los que falte la competencia económica y no existan bienes sustitutos viables. El caso de monopolio no es un supuesto adicional, sino uno especial dentro del más genérico de servicios esenciales.²¹

Como ya mencionamos anteriormente, el propio artículo 128.2 CE establece la exigencia de ley (estatal o autonómica)²² para efectuar la

¹⁶ PARADA Vázquez, J.R., Los servicios públicos en España, en Arismendi, A.; Caballero Ortiz, J.; *et al*: *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, 2003, volumen 2, pp. 1854 y 1855.

¹⁷ MEILÁN Gil, J.L., *op. cit.*, nota 12, p. 532.

¹⁸ *Ibidem.*, p. 531.

¹⁹ MORENO Fernández-Santa Cruz, M., *op. cit.*, nota 14.

²⁰ En sentido similar, *vid.* ÁBALOS Meco, J.L., *op. cit.*, nota 4, p. 89.

²¹ MORENO Fernández-Santa Cruz, M., *op. cit.* nota 14.

²² No obstante, el límite de la legitimidad constitucional de una ley autonómica que reserve un servicio esencial para su Comunidad Autónoma se encontrará en el respeto de la igualdad de derechos y obligaciones de todo en todo el territorio español; esto es, no podrá modificar sustancialmente las condiciones básicas en que la misma actividad es ejercida por el resto de los españoles. CHINCHILLA Marín, C., *op. cit.*, nota 13, p. 91.

reserva al sector público de recursos o servicios esenciales. En este punto cabe destacar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en su sentencia del 2 de diciembre de 1983 (STC 111/1983): "La expresión mediante ley que utiliza el mencionado precepto, además de ser comprensiva de leyes generales que disciplinan con carácter general la intervención, permite la ley singularizada de intervención que, mediando una situación de extraordinaria y urgente necesidad y, claro es, un interés general legitimador de la medida, está abierta al Decreto-ley, por cuanto la mención a la Ley no es identificable en exclusividad con el de Leyes sentido formal".

Y no debe obviarse que la libertad del legislador de reservar servicios al sector público se encuentra limitada por los derechos fundamentales, cuyo contenido esencial debe ser respetado siempre, correspondiendo al Tribunal Constitucional controlar su observancia.

Es cierto que en los últimos años, y debido a la globalización económica y la libre competencia, se aprecia una tendencia a reducir el sector público y abandonar su antigua concepción, fomentando la privatización apoyándose en el argumento de la preocupación por la mejora del funcionamiento de los servicios públicos.²³ En España muchos de los servicios públicos estatales y locales han conservado durante mucho tiempo unas estructuras tradicionales y arcaicas motivadas por la estatalización y el monopolio, lo que ha contribuido a patentes deficiencias. El continuo cambio social lleva consigo la modificación de la gestión de los servicios públicos, abandonado su carácter monopolístico y excluyente propugnado por el artículo 128.2 CE.²⁴

El último inciso del artículo 128.2 CE, que posibilita "*la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general*", supone que, permaneciendo la titularidad de aquéllas en manos de sus propietarios, su gestión y actividad es dirigida por un órgano de naturaleza pública que participa en la toma de decisiones o sustituye totalmente a los órganos

²³ MATÉS Barco, J.M., *op. cit.*, nota 3, p. 189.

²⁴ *Ibidem.*, pp. 189 y 190.

normales de decisión.²⁵ La dificultad práctica procede de la exigencia de que dicha intervención se haga mediante ley, lo que conllevaría la necesidad de una ley singular para cada supuesto. Para solventar este problema, y aunque existen detractores de esta interpretación, hay que traer a colación de nuevo la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1983 (STC 111/1983), que reconoció la posibilidad de que en esta materia de intervención de empresas juegue no sólo la ley singular, sino también la ley general e incluso el decreto-ley.²⁶

II. Elementos configuradores del servicio público²⁷

El régimen jurídico básico del servicio público se configura del siguiente modo:

1.- Sujetos intervinientes

- a) La administración, que es titular del servicio, responsable de su correcta prestación, y de establecer el régimen de gestión.
- b) Contratista, que existirá cuando la administración no lo gestiona directamente, y será al que se adjudique dicha gestión. Existen varios mecanismos de adjudicación, el más común y tradicional la concesión.
- c) Usuario, que es la persona que utiliza el servicio público esencial.

2.- Objeto

Es la prestación concreta en la que se basa cada uno de los servicios públicos, y que siempre supondrá una utilidad singular para cada usuario.

3.- Derechos y obligaciones generales de las partes

- a) La administración cuenta con diversas potestades como titular del servicio: la potestad reglamentaria para regular la gestión y el uso, la potestad de inspeccionar y controlar, la potestad sancionadora y la potestad tarifaria.

En cuanto a su principal obligación, como ya se apuntara anteriormente, será la de prestar el servicio de manera regular y continuada,

²⁵ MORENO Fernández-Santa Cruz, M., *op. cit.*, nota 14.

²⁶ MORENO Fernández-Santa Cruz, M., *op. cit.*, nota 14.

²⁷ Lo que exponemos en un repaso sucinto de dicho régimen, si bien pueden consultarse numerosas obras al respecto. A título de ejemplo, COSCULLUELA Montaner, L., *op. cit.*, nota 1, p. 595 y ss.; GARCÍA de Enterría, E. y Fernández, T.R., *op. cit.*, nota 6, volumen I y II.

adaptándose al proceso tecnológico, y respetando los principios de universalidad, no discriminación y suficiencia financiera (deben establecerse precios adecuados que permitan el acceso al servicio, entendiéndose que el cobro del mismo no está destinado a la obtención de beneficios).

- b) Respecto al usuario, parece claro que tiene derecho al uso y utilización del servicio cuando éste ya ha sido creado, con independencia de los posibles límites o requisitos que se establezcan para su uso, dependiendo de la prestación concreta. ¿Pero existe un derecho a que se establezcan dichos servicios? La Ley Reguladora de Bases de Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril, LRBRL), en su artículo 18, apartado c, sí considera un derecho subjetivo el poder exigir un servicio público que sea de competencia municipal y se considere obligatorio.

Respecto a sus principales obligaciones, se resumen básicamente en el respeto por los requisitos o límites establecidos para el uso del servicio, y el pago, en su caso, del precio establecido para el mismo.

III. Servicio público esencial y servicio de interés general

1. Diferenciación teórica

Como premisa básica es necesario distinguir los servicios públicos esenciales de los servicios de interés general o servicios universales. Los primeros son los analizados hasta el momento, cuya titularidad es siempre pública; y los segundos son de titularidad privada, pero que no se podrán prestar si no es con una licencia o autorización pública. El Tribunal Constitucional en su sentencia 185/1995, indicó que servicios de interés general son aquellos "servicios objetivamente indispensables para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar". Se trata de actividades de titularidad privada, pero esenciales para el adecuado funcionamiento de la sociedad, y por ello la administración no puede mantenerse al margen o desentenderse de las mismas.

Según Cosculluela, "servicios económicos de interés general son, en conclusión, las actividades privadas que son calificadas como tales por el legislador, teniendo en cuenta su carácter esencial para el funcionamiento del sistema económico, sin convertirlas en servicios públicos, pero sometiénolas al poder regulador de la administración pública, para imponer las condiciones esenciales de su desarrollo, velar por el cumplimiento de las obligaciones del servicio público que se imponen a las empresas operadoras del sector".²⁸

En cuanto a los derechos y obligaciones, son similares a los establecidos por el régimen jurídico clásico del servicio público, si bien pueden realizarse algunas matizaciones:

- La empresa privada que ofrece el servicio también debe actualizarse tecnológicamente, si bien se ha considerado que cuando un servicio ha sido ofrecido tradicionalmente por una misma empresa, con una serie de instalaciones propias (por ejemplo a través de redes de telefonía), no se exige que las nuevas empresas que empiezan a operar en el mercado creen nuevamente instalaciones, sino que se ha considerado que pueden usar las ya existentes. En estos casos el legislador ha obligado al operador tradicional a que permita a los otros operadores el uso de dichas instalaciones (en el caso de la telefonía) y a mantener la nacionalización de la red, permitiendo el acceso a la misma de otros operadores (es el caso de la red ferroviaria).

- El precio del servicio debe ser asequible, aunque con un margen suficiente para permitir la competencia empresarial, si bien la administración puede regular dicho precio.

- Además de la protección general del usuario, se establecen mecanismos específicos para la protección del consumidor.

²⁸ COSCULLUELA Montaner, L., *op. cit.*, nota 1, p. 605.

- La titularidad sigue siendo de la empresa privada, si bien la administración controla toda la actividad.

2. Análisis de servicios públicos esenciales y de servicios de interés general

Actualmente encontramos numerosos servicios que han sido considerados por el legislador, bien servicios públicos, al estilo tradicional y cuya titularidad sigue siendo estatal, bien servicios de interés general que, aunque controlados por la administración pública, son de titularidad privada.

Para el análisis de los diversos servicios, al menos de los más importantes (pues abarcar todos ellos resulta materialmente imposible en este trabajo), podemos clasificarlos esencialmente en cuatro categorías: 1. Educativos y asistenciales (educación, sanidad y asistencia social). 2. Comunicaciones (telecomunicaciones, servicio postal, teléfono, y radio y televisión públicas). 3. Transporte (transporte de viajeros y mercancías por carretera, transporte aéreo y transporte ferroviario). 4. Otros servicios (energía eléctrica, gas, abastecimiento y depuración de agua, y recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos).

A. Educativos y asistenciales

a) Educación

El derecho a la educación consagrado en el artículo 27 de la CE es considerado un derecho fundamental, que se predica de todas las personas, ya sean nacionales o extranjeras, sin que sea necesario que estos últimos tengan una situación regular en España para poder ejercerlo, estableciéndolo así nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 236/2007, de 7 de noviembre.

La reciente LO 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, conocida como la LOMCE, incorpora algunas novedades destacables, si bien, en lo que aquí interesa, la propia exposición

de motivos de la ley reconoce que la educación es un elemento determinante del bienestar social.

Como indudable servicio público, la CE confiere a la educación un objetivo concreto en el apartado segundo del citado artículo 27, "el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales". Pero además, el apartado cuarto, plasma de manera clara el aspecto más prestacional del derecho, imponiendo que la educación básica será obligatoria y gratuita, de tal forma que no es suficiente con el respeto por parte de la administración, sino que debe asegurar el acceso de todos a la misma.

El legislador, sin olvidar su carácter público y prestacional, y el objetivo esencial que debe cumplir, ha ido regulando la educación a través de diversas leyes, la última de ellas la citada LOMCE. Actualmente el sistema educativo en España se puede clasificar de la siguiente forma:

- Educación infantil, desde los 0 a los 6 años. No es obligatoria, pero sí gratuita en la segunda etapa, de los 3 a los 6 años.
- Educación primaria, desde los 6 a los 12 años. Es obligatoria y gratuita.
- Educación secundaria, desde los 12 a los 16. Es obligatoria y gratuita.
- Bachillerato, de los 16 a los 18 años. No es obligatoria pero sí gratuita.
- Enseñanza universitaria. No es obligatoria ni gratuita.

De manera paralela también se ofrecen ciclos de formación profesional, concretamente tres ciclos: básico, grado medio y grado superior. Estos pueden cursarse por alumnos de secundaria mayores de 15 años. Una de las novedades al respecto es que la ley exige que el ciclo básico será de oferta obligatoria y gratuito.

En cuanto a la educación universitaria, se regula de manera más concreta por la LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, que ya en su artículo primero establece que "la Universidad realiza el servicio público de la educación superior mediante la investigación, la docencia y el estudio".

Aunque el sector educación debería mantenerse indemne a los cambios políticos y a la coyuntura económica, dada su trascendencia a medio y largo plazo para el futuro de un país,²⁹ en los últimos años el recorte en este ámbito (infraestructuras, gastos corrientes de los centros, becas de estudio, formación y salario del profesorado, etc.) desde el año 2010 ha sido incesante.³⁰

b) Sanidad

Sin duda la acción de la administración en materia sanitaria es amplísima, y se caracteriza por "la gran amplitud y complejidad de las cuestiones que comprende y por la presencia de un material normativo en verdad ingente y muy difícilmente abarable".³¹

En cuanto a las previsiones constitucionales al respecto, cabe destacar los siguientes artículos: artículo 41, que establece el mandato hacia el legislador para que mantenga un régimen público de seguridad social; artículo 43, en el que se reconoce el derecho a la protección de la salud;³² artículos 49,

²⁹ La Comisión Europea ha avisado de que los recortes en educación que están realizando España y otros Estados miembros para reducir el déficit y combatir la crisis de deuda ponen en riesgo el crecimiento económico futuro y la competitividad, [en línea], fecha de consulta 8 de febrero de 2014, disponible en: <http://www.europapress.es/sociedad/educacion/noticia-bruselas-avisa-recortes-educacion-amenazan-crecimiento-20120208165310.html>

³⁰ El recorte desde 2010 alcanzará los 7.298 millones de euros en 2014; lo que supone una caída del 16,7% en el gasto educativo durante la crisis, disponible en: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/12/08/actualidad/1386529859_552874.html

³¹ PEMÁN Gavín, J.M. y CIERCO Seira, C., *Lección 10. La sanidad y la salud pública*, en CANO Campos, T. (coord.) *et al: Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Madrid, Iustel, 2009, *tomo VII Servicios públicos*, 2009, p. 301.

³² Su ubicación en el texto constitucional tiene importantes repercusiones en lo referente a los niveles de protección que ofrece al ciudadano. No se trata de un derecho fundamental (con el correspondiente recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional), sino que pertenece a la categoría de los denominados derechos sociales; de ahí que el ciudadano sólo pueda alegarlo ante la Jurisdicción ordinaria en la medida en que una ley lo prevea y desarrolle.

No obstante, existen voces discordantes que entienden que este derecho es un derecho "materialmente" fundamental debido a la relevancia de su contenido y a su estrecha relación con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física, así como al valor superior de la dignidad de la persona –*ex* artículo 10 CE-. SOLOZÁBAL Echavarría, J.J., *Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico*, documento de trabajo 89/2006, Madrid, Laboratorio de Alternativas, 2006. PEDREIRA Andrade, A., "Hacia una potenciación del derecho constitucional a la protección de la salud", en *Actualidad Administrativa*, *La Ley*, Madrid, núm. 101992, p. 92, 111 y 114.

50 y 51, que se refieren a la protección de la salud de determinados colectivos tales como los disminuidos, la tercera edad y los consumidores.

La legislación básica la encontramos en la Ley 14/1986, de 25 de abril, que ya en su artículo 1.1 establece que la citada ley "tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocida en el artículo 43.1 y concordantes de la Constitución", por tanto, la protección de la salud pública como servicio público esencial.

Actualmente la asistencia sanitaria se considera un servicio público, gratuito y universal, del que pueden disfrutar todos los españoles y extranjeros con situación regular en España. En el caso de extranjeros, la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras sus diversas reformas, especialmente la operada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, y teniendo en cuenta la interpretación ofrecida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, establece que también se pueden beneficiar del sistema sanitario español, aquellos extranjeros que carezcan de situación regular en España si son menores, mujeres embarazadas, o se trata de situaciones de urgencia.

Bien es cierto que el escenario de crisis por el que atraviesa nuestro país ha llevado a una cada vez mayor colaboración de entidades privadas en la prestación de los servicios públicos sanitarios a través de externalizaciones, pero siempre teniendo presentes los principios básicos que inspiran nuestro Sistema Nacional de Salud, y no aprovechando la difícil coyuntura económica para fomentar el lucro particular, olvidando la relevancia del derecho a la protección de la salud.

c) Asistencia social

A lo largo de todo el texto constitucional encontramos preceptos que son auténticos mandatos al legislador, que le obligan a actuar en lo que tiene que ver con la garantía de la asistencia y la protección social. Partiendo de la configuración del Estado como social y democrático de derecho, son

diversos los artículos al respecto tales como el 1.1 CE, que configura la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico; el 10.1 CE, que reconoce la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad; el 9.2 CE, que impone al poder público la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas; o los artículos 39 a 52 CE, donde se reconocen los denominados derechos sociales y con los que se trata de proteger socialmente a determinados colectivos o determinadas situaciones, tales como la familia, la infancia, la cultura o la vivienda. También es importante señalar que el artículo 148.1.20.a) CE establece que la asistencia social puede ser asumida por las Comunidades Autónomas, y en virtud de dicho precepto, todos los estatutos han asumido dicha competencia como propia.

Dar una definición de asistencia social no resulta fácil, pues se trata de un concepto que ha evolucionado mucho con el paso del tiempo y la llegada de nuevas circunstancias. Como afirman algunos autores, "nos encontramos ante una noción dinámica y de contornos difusos".³³ El Tribunal Constitucional, en su sentencia 239/2002, de 11 de diciembre, distingue la asistencia social que pueda ser interna a la seguridad social y la asistencia social externa, observando que "es una exigencia del Estado social de derecho que quienes no tengan cubiertas sus necesidades mínimas por la modalidad no contributiva del Sistema de Seguridad Social pueden acceder a otros beneficios o ayudas". Si bien, también el Tribunal Constitucional advierte que dicho poder de actuación por parte de las Comunidades Autónomas, en cuanto a constituir esta asistencia social externa, no debe invadir competencias estatales, y a la inversa.

La normativa autonómica al respecto es diversa, aunque encontramos elementos comunes a todas ellas, y que caracterizan a la asistencia social como servicio público esencial. Dicha asistencia se ha establecido a dos niveles: los servicios sociales más básicos, que se destinan al ámbito más social y familiar, y cuya competencia suele atribuirse a las entidades locales, y los servicios sociales más especializados, que se

³³ Es el caso de De Palma de Teso, A., *Lección 11. La asistencia social*, en Cano Campos, T. (coord.) *et al: Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Madrid, Iustel 2009, tomo VII, p. 335.

establecen según el tipo de necesidad y dirigidos a grupos concretos de personas, y cuya competencia se encomienda, generalmente, a la administración autonómica. En todo caso se han establecido servicios prestacionales como la asistencia domiciliaria, servicios socio-educativos, de asesoramiento...

El sistema de servicios sociales en la actualidad puede resumirse como "un conjunto coordinado de recursos, equipamientos, proyectos, programas y prestaciones, tanto de titularidad pública como privada, cuya finalidad es favorecer la integración social y el bienestar de las personas y asegurar su derecho a vivir dignamente mediante la cobertura de sus necesidades personales y sociales".³⁴

B. Comunicaciones

a) Telecomunicaciones

El sector telecomunicaciones, entendido como un servicio básico, ha evolucionado de unos mercados fuertemente intervenidos regulatoriamente hacia un marco de mayor desregulación basado en la intervención correctora "a posteriori",³⁵ acabando con el monopolio tradicional y posibilitando la competencia.³⁶

En este ámbito tan dinámico, caracterizado por la constante evolución tecnológica, es trascendental el cumplimiento de unos principios básicos, a saber: consistencia en la regulación, garantía de la cohesión social y regional, accesibilidad universal de los servicios, racionalización en el uso de los recursos escasos, interoperabilidad entre redes y servicios, protección de los derechos de los usuarios y garantía de las obligaciones de servicio público y servicio universal, entre otros.³⁷

³⁴ De Palma de Teso, A., *op. cit.*, p. 342.

³⁵ CALVO Díaz, G., *El nuevo marco comunitario*, en VILLAR Uríbarri, J.M. *et al*: La nueva regulación de las Telecomunicaciones, Televisión e Internet, Aranzadi, 2003, p. 21.

³⁶ No obstante, esta competencia ha encontrado ciertos obstáculos: escasez de ciertos recursos, problemas en las condiciones de acceso, fragmentación tecnológica y geográfica de los mercados, garantía de los objetivos de interés público, etc. *Ibidem.*, pp. 21 y 22.

³⁷ CALVO Díaz, G., *op. cit.*, nota 35, pp. 23 y 24.

En España, hasta hace relativamente poco, la práctica totalidad de los servicios de telecomunicaciones eran servicios públicos prestados en régimen de monopolio al amparo de sucesivos contratos concesionales.³⁸ Fue el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, el que constituyó un paso fundamental para la liberalización de este mercado.

La Ley 11/1998, de 24 de abril, observa en su propia exposición de motivos que "el sector de las telecomunicaciones fue considerado históricamente uno de los ejemplos clásicos del denominado monopolio natural. Esta consideración sufrió la primera quiebra en el ámbito comunitario, como consecuencia de la publicación, en 1987, del Libro verde sobre el desarrollo del Mercado Común de los Servicios y Equipos de Telecomunicaciones". En éste "se proponía una ruptura parcial de dicho monopolio y una separación entre los servicios de telecomunicaciones que, hasta entonces, se ofrecían, todos ellos, asociados entre sí, al servicio telefónico y a su rEd. Esta separación permitió comenzar a distinguir entre redes y servicios básicos y otras redes, equipamientos y servicios. Dentro de esta segunda categoría, podría, en algunos casos, actuarse en régimen de libre concurrencia. Establecía el libro verde, asimismo, una serie de principios y criterios para la liberalización de los servicios de telecomunicaciones en los países de la Unión Europea en años sucesivos". Ese mismo año se aprobó en España la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, que supuso el primer marco jurídico básico de rango legal aplicable al sector de las telecomunicaciones y el inicio del proceso liberalizador en nuestro país. Sin embargo, esta ley quedó desfasada en poco tiempo, siendo necesario reformarla en profundidad a través de: Ley 32/1992, de 3 de diciembre; y Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones. Posteriormente, y en cumplimiento de varias Directivas comunitarias

³⁸ El artículo 2 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones establecía: "Conforme a lo previsto en el artículo 128.2 de la Constitución, y en los términos de la presente Ley, las telecomunicaciones tienen la consideración de servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público...".

reguladoras de las comunicaciones electrónicas,³⁹ que profundizan en los principios de libre competencia, protección de los derechos de los usuarios, mínima intervención de la administración en el sector, respeto de la autonomía de las partes en las relaciones entre operadores, y supervisión administrativa de ciertos aspectos (servicio público, dominio público y defensa de la competencia), se aprobó la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Ésta derogó la Ley 11/1998, excepto sus disposiciones adicionales quinta, sexta y séptima, y sus disposiciones transitorias sexta, séptima y duodécima. No obstante, se reconoce a la ley del 98 haber instaurado un régimen plenamente liberalizado en la prestación de servicios y en el establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones, abriendo el sector a la libre competencia entre operadores, y redundando consecuentemente en una mayor capacidad de elección por los usuarios.

La Ley 32/2003, como señala su propia exposición de motivos, "se dirige a regular exclusivamente el sector de las telecomunicaciones,⁴⁰ en ejercicio de la competencia exclusiva del Estado prevista en el artículo 149.1.21.^a de la Constitución", respetando los principios establecidos por la normativa europea. Concretamente, y siguiendo dicha exposición de motivos, "en relación con la garantía de los derechos de los usuarios, la ley recoge la

³⁹ Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; Directiva 2002/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión; Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas; Directiva 2002/77/CE, de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

⁴⁰ Excluyendo expresamente de su regulación los contenidos difundidos a través de medios audiovisuales, que constituyen parte del régimen de los medios de comunicación social, y que se caracterizan por ser transmitidos en un solo sentido de forma simultánea a una multiplicidad de usuarios. Igualmente se excluye de su regulación la prestación de servicios sobre las redes de telecomunicaciones que no consistan principalmente en el transporte de señales a través de dichas redes. Estos últimos son objeto de regulación en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

ampliación de las prestaciones, que, como mínimo esencial, deben garantizarse a todos los ciudadanos, bajo la denominación de servicio universal". Asimismo, "se incluye el acceso funcional a Internet, ya incorporado anticipadamente por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, y la posibilidad de que se ofrezcan opciones tarifarias especiales que permitan un mayor control del gasto por los usuarios. Además, se amplía el catálogo de derechos de los consumidores que sean personas físicas y usuarios reconocidos con rango legal".

b) Servicio postal

Se considera uno de los servicios públicos clásicos, si bien el proceso liberalizador del sector comienza con la ya derogada Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales.

El artículo 1 de la citada ley establece que se quiere garantizar la prestación del servicio postal, pero también un ámbito de libre competencia en el sector, por lo que empiezan a considerarse un servicio de interés general. Actualmente existen diversas normativas relativas al servicio postal, siendo la ley vigente al respecto la Ley 43/2010, de 30 de noviembre, de Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal.

Con la citada ley se transpone la Directiva 2008/6/CE, de 20 de febrero, con la finalidad de garantizar a los ciudadanos un servicio postal universal se amplía cobertura territorial y elevada calidad y eficacia, reiterándose que los servicios postales son un servicio de interés general.

La ley configura, de acuerdo con la Directiva que transpone, tres áreas bien definidas de servicios postales. De una parte, como corazón del sistema, el servicio postal universal, cuyo alcance material y exigencias formales se fijan el título III y que se encomienda en régimen de obligaciones de servicio público al operador público Correos y Telégrafos, S. A. De otra, los servicios que cayendo bajo el alcance material del servicio postal universal se prestan en condiciones de libre mercado ajenas a las

obligaciones de servicio público que se le imponen al prestador del servicio postal universal. Para la prestación de estos servicios es necesario disponer de la correspondiente autorización administrativa singular.

Finalmente, aquellos servicios postales distintos de los servicios postales tradicionales, pueden ser prestados con una mera declaración responsable de respeto a los requisitos esenciales que son la condición de posibilidad de funcionamiento del nuevo modelo postal español. Entre estos requisitos, junto con la protección de derechos fundamentales como el secreto en las comunicaciones postales, se incluyen el respeto a las normas que protegen los derechos de los trabajadores y los usuarios y los ordenamientos en materia tributaria o de inmigración.

Como vemos, el operador elegido para ofrecer el servicio postal universal ha sido Correos y Telégrafos, S.A., si bien "los cambios que se están produciendo en el entorno no puede pasar desapercibidos para el operador público español, que debe adaptarse con urgencia a las nuevas demandas del mercado postal. Por ello es necesario que profundice en el proceso de cambio [...] prestar un servicio postal de calidad en todo el territorio a precio asequible y competir en el mercado postal en igualdad de condiciones que el resto de operadores".⁴¹

c) Teléfono

La Ley 12/1997, de 24 de abril, liberaliza el sector de la telefonía, terminando con uno de los monopolios más tradicionales en cuanto a la prestación de servicios. Dicha liberalización se concreta aún más con la Ley General de Telecomunicaciones 32/2003, de 3 de noviembre.

La telefonía empieza a considerarse un servicio de interés general, que puede ser prestado por aquellas empresas que obtengan una licencia operativa. Además, aunque las redes siguen siendo de la Compañía Telefónica, se le obliga a permitir el uso de las mismas a otros operadores del sector.

⁴¹ GUARNIDO Rueda, A., JAÉN García, M. y AMATE Fortes, M., *La desregularización y privatización de las empresas públicas: el caso de las telecomunicaciones en España*, Editorial Universidad de Almería, 2007, p. 174.

A pesar de la liberalización, el artículo 21 mantiene que los operadores están sometidos a una serie de obligaciones de servicio público tales como: que los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas desde una ubicación fija; que la conexión debe permitir realizar comunicaciones de voz, fax y datos, a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a internet; que la conexión a la red pública de comunicaciones con capacidad de acceso funcional a internet deberá permitir comunicaciones de datos en banda ancha a una velocidad en sentido descendente de 1Mbit por segundo; que se ponga a disposición de los abonados al servicio telefónico disponible al público una guía general de números de abonados; que se ponga a disposición de todos los usuarios finales de dicho servicio, incluidos los usuarios de teléfonos públicos de pago, al menos un servicio de información general sobre números de abonados; que exista una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago u otros puntos de acceso público a la telefonía vocal en todo el territorio nacional; y que sea posible efectuar gratuitamente llamadas de emergencia desde los teléfonos públicos de pago sin tener que utilizar ninguna forma de pago, utilizando el número único de llamadas de emergencia 112 y otros números de emergencia españoles. El Gobierno también podrá imponer otras obligaciones de servicio público por necesidades de la defensa nacional, de la seguridad pública o de los servicios que afecten a la seguridad de las personas o a la protección civil, así como por razones de cohesión territorial, para la extensión de otros nuevos servicios y tecnologías, especialmente referidos a sanidad, educación, acción social y cultura, etc.

d) Radio y televisión públicas⁴²

Nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido en su sentencia 12/1982, de 31 de marzo, que "la configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro ordenamiento jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador", y ello en base al interés general que aquélla supone. Así, la radio y la televisión

⁴² Aunque en España la radiodifusión se sigue considerando un servicio público, el Libro Blanco de la Comisión Europea lo considera servicio de interés general.

proporcionan al público prestaciones útiles, además de configurarse como medios adecuados para satisfacer el derecho a la información. Pero ha de añadirse que, en virtud del artículo 128.2 CE ("especialmente en caso de monopolio"), aquéllas emplean las ondas hertzianas, un bien de dominio público.⁴³

La Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión, enumera en su Preámbulo las funciones (v. gr., información, participación ciudadana, libre formación de la opinión pública, difusión de la cultura) que realizan la radio y la televisión, coligiéndose el servicio tan importante y necesario que prestan a la comunidad. De ahí su configuración como "servicios esenciales".

A través de la Ley 25/1994, de 12 de julio, se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de Disposiciones Legales, Reglamentarias y Administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de Radiodifusión Televisiva. Posteriormente, la Ley 22/1999, de 7 de junio, modifica la Ley 25/1994, sustituyendo en el articulado toda alusión a las "entidades que prestan servicio público de televisión" por una más general a los "operadores de televisión", evitando la referencia al carácter de servicio público. Con ello se produce una ampliación objetiva del ámbito de aplicación ya que desde la entrada en vigor de la Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite, existen en España servicios de televisión que no tienen la consideración de servicio público, pero a los que la Directiva europea no excusa del cumplimiento de las obligaciones impuestas en ella, por lo que no podían ser excluidos del ámbito de aplicación de la Ley.

Por su parte, la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal (que deroga la ley de 1980), contempla en su exposición de motivos que "La actividad de los medios de comunicación de titularidad pública ha de regirse por un criterio de servicio público, lo que delimita su organización y financiación, los controles a los que quedan sujetos, así como los contenidos de sus emisiones y las garantías del derecho de

⁴³ CHINCHILLA Marín, C., *op. cit.*, nota 13, pp. 98 y 99.

acceso". "El fin de la presente Ley es, por una parte, dotar a la radio y a la televisión de titularidad estatal de un régimen jurídico que garantice su independencia, neutralidad y objetividad y que establezca estructuras organizativas y un modelo de financiación que les permita cumplir su tarea de servicio público con eficacia, calidad y reconocimiento público. Por otra, refuerza la intervención del Parlamento y prevé la supervisión de su actividad por una autoridad audiovisual independiente". Además, en su artículo 2 concibe el servicio público de radio y televisión de titularidad del Estado, que tendrá por objetivo alcanzar una cobertura universal (entendiendo por tal la mayor cobertura posible dentro del territorio nacional), como "un servicio esencial para la comunidad y la cohesión de las sociedades democráticas que tiene por objeto la producción, edición y difusión de un conjunto de canales de radio y televisión con programaciones diversas y equilibradas para todo tipo de público, cubriendo todos los géneros y destinadas a satisfacer necesidades de información, cultura, educación y entretenimiento de la sociedad española; difundir su identidad y diversidad culturales; impulsar la sociedad de la información; promover el pluralismo, la participación y los demás valores constitucionales, garantizando el acceso de los grupos sociales y políticos significativos".

C. Transporte

a) Transporte de viajeros y mercancías por carretera

El transporte regular de viajeros por carretera se regula por la Ley 16/1987, de 30 de julio, siendo dicha norma modificada posteriormente por la Ley 9/2013, de 4 de julio. En lo que aquí interesa cabe destacar que dicho transporte se sigue considerando un servicio público, cuyo titular continua siendo la administración pública, aunque la gestión de dicho transporte ha tenido que adaptarse al Reglamento (CE) núm. 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, cuya principal finalidad es la de reforzar el carácter contractual de la relación entre la administración y el gestor del servicio.

En cambio, cuando se trata del transporte discrecional de viajeros o de mercancías, no será la administración pública la titular del servicio, sino empresas privadas a las que se exige autorización previa para poder prestarlo. En estos casos, la citada ley, también incorpora las previsiones establecidas por el Reglamento (CE) núm. 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, con el objetivo principal de seguir manteniendo el máximo rigor en las condiciones de acceso al mercado de transporte, y dotar de una mayor capacidad de autogestión a las empresas que intervienen en dicho mercado.

b) Transporte aéreo

"La liberalización del transporte aéreo con la finalidad de abrir el sector al libre juego de la competencia ha sido llevada a cabo en el seno de la Unión Europea de forma gradual o progresiva".⁴⁴ Los primeros pasos se dieron a través de la Directiva 1987/601 y de la Decisión del Consejo 1987/602. Pocos años después continúa con los Reglamentos 2342 y 2343/1990. Las últimas medidas se aprueban a través de diversos reglamentos: el 2407/1992 7 del Consejo, 2408/1992 8 del Consejo, 2409/1992 9 del Consejo, y 95/1993 10 del Consejo.

Dicha liberalización del sector permite la libertad de actuación para los diferentes estados de la Unión Europea, si bien se exige a las compañías la posesión del certificado de operador aéreo y la licencia de transporte aéreo.

El último paquete de medidas aprobado permite eliminar las dificultades existentes y se consigue un auténtico mercado competitivo. Se modifica el sistema de concesión de licencias, eliminando las políticas monopolísticas que todavía existían en algunos Estados. Aunque se ha avanzado mucho, se sigue trabajando para corregir los diversos problemas que sigue planteando el sistema, principalmente por la congestión de los aeropuertos y del espacio aéreo.

⁴⁴ PETIT Lavall, M.V, *El acceso al mercado del transporte aéreo en el ámbito europeo*, en GUERRERO Lebrón, M.J. (coord.) *et al.*, *Cuestiones actuales del Derecho aéreo*, Barcelona, Marcial Pons, 2012, p. 13.

Por último tener en cuenta, que dichas políticas liberalizadoras se implantan sin perjuicio de que los Estados decidan imponer rutas de servicio público, para asegurar la comunicación entre determinados lugares.⁴⁵

En cuanto al transporte regular de viajeros extracomunitarios, se sigue aplicando la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación aérea, que lo considera un servicio público, aunque sometido al régimen de concesión.

c) Transporte ferroviario

Considerado tradicionalmente el servicio público por excelencia, la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, suprime su carácter público para convertirlo en servicio de interés general. La liberalización del sector se produce para dar cumplimiento a las Directivas comunitarias del año 2001, que establecen que dicho sector debe estar liberalizado en toda Europa a partir del 2008. Atendiendo a la propia exposición de motivos de dicha ley, "la Directiva 2001/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001 modificó la Directiva 95/18/CE en el sentido de generalizar los principios de concesión de licencias a todas las empresas activas en el sector con objeto de garantizar a éstas un trato justo, transparente y no discriminatorio"; "la Directiva 2001/14/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, relativa a la adjudicación de capacidad de infraestructuras ferroviarias, aplicación de cánones por su utilización y certificación de la seguridad, pretende garantizar a las empresas ferroviarias el acceso a la infraestructura en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias y garantizar la seguridad en la prestación de los servicios de transporte ferroviario"; "la Directiva 2001/16/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, relativa a la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo convencional, pretende fijar las condiciones que deben cumplirse para lograr, en el territorio

⁴⁵ Puede leerse al respecto el estudio realizado por Rodríguez Planas, en el que analiza esta cuestión desde el caso concreto del aeropuerto de Menorca. Se trata de un trabajo bastante interesante y muy descriptivo, con el que no solo se conoce la realidad de dicho aeropuerto, sino la situación general que se produce en España respecto a estas rutas que se imponen como servicio público. RODRÍGUEZ Planas, M., *Estudio de la obligación del servicio público en el transporte aéreo de Menorca*, Fundació Universitària del Bages, 2013.

comunitario, la interoperabilidad del sistema ferroviario transeuropeo convencional. Dichas condiciones se refieren al proyecto, a la construcción, a la puesta en servicio, a la rehabilitación, a la renovación, a la explotación y al mantenimiento de los elementos de dicho sistema que entren en servicio después de la fecha de entrada en vigor de la referida Directiva, así como a las cualificaciones profesionales y a las condiciones de salud y de seguridad del personal que contribuye a su explotación".

En definitiva, y según la meritada Exposición de Motivos, "los ejes sobre los que gira la reforma son la separación de las actividades de administración de la infraestructura y de explotación de los servicios y la progresiva apertura del transporte ferroviario a la competencia".

D. Otros servicios

Como ya hemos señalado anteriormente, este artículo no pretende ser exhaustivo con los distintos servicios públicos esenciales y de interés general. De ahí que en este apartado hayamos seleccionado una serie de ellos, en base a su importancia práctica y cotidiana.

a) Energía eléctrica

La trascendencia social y económica del sector energético ha justificado una intensa intervención administrativa.⁴⁶ De ello se hizo eco la Ley 49/1984, de 26 de diciembre, sobre Explotación Unificada del Sistema Eléctrico Nacional, en la que se acordó la nacionalización de la red de alta tensión, consolidándose el proceso de publicación del sector. No obstante, las críticas de las compañías eléctricas privadas hacia el modelo de administración del sistema eléctrico instaurado por esta ley motivaron unas novedades organizativas, que facilitaban una separación de las funciones de regulación y de gestión del sistema, y promovían la participación de empresas privadas en los entes de regulación y de gestión,⁴⁷ en la ley que se promulgó diez años más tarde: la Ley 40/1994, de 30 diciembre, de

⁴⁶ ÁLVAREZ García, V. y DUARTE Martínez, R., *Administración Pública y Electricidad*, Civitas, 1997, p. 17.

⁴⁷ *Ibidem.*, p. 88.

Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional. A pesar de dichas críticas, el intervencionismo público no disminuyó, siendo reflejo de ello las funciones que se encomendaban a la Administración General del Estado, a saber: planificación eléctrica, establecimiento mediante tarifa del precio de prestación del servicio, ejercicio de las funciones de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, explotación unificada de dicho Sistema, intervención en los procedimientos para la autorización de instalaciones, ordenación unificada de la distribución y establecimiento de requisitos mínimos de calidad y seguridad del suministro.

Merece un análisis más detallado la Ley 54/1997, de 27 de noviembre (ya derogada), de Sector Eléctrico, que consideraba que "el suministro de energía eléctrica es esencial para el funcionamiento de nuestra sociedad", entendiendo que "el transporte y la distribución de electricidad constituyen un monopolio natural".

Esta ley tiene como fin básico establecer la regulación del sector eléctrico, garantizando el suministro eléctrico, la calidad de dicho suministro y que éste se realice al menor coste posible; sin olvidar la protección del medioambiente. Sin embargo, a diferencia de regulaciones anteriores, esta ley se caracteriza por entender que garantizar dichos objetivos requiere de más intervención estatal que la que la propia regulación específica supone. Es decir, no se considera necesario que el Estado se reserve para sí el ejercicio de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico.

En definitiva, se abandona la noción de servicio público, sustituyéndola por la expresa garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional. De este modo, la explotación del sistema eléctrico nacional deja de ser un servicio público de titularidad estatal y sus funciones son asumidas por sociedades mercantiles y privadas, responsables respectivamente, de la gestión económica y técnica del sistema; mientras que la planificación estatal quedaría restringida a las instalaciones de transporte, buscando así su adecuación a la planificación urbanística y a la ordenación del territorio.

Actualmente, la Ley 17/2007, de 4 de julio, modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

b) Gas

El suministro de gas se ha configurado tradicionalmente como servicio público, cuyas competencias básicas, en un primer momento, correspondían a las corporaciones locales. Así, las Leyes Municipales de 1870 y 1877 atribuyeron a los Municipios las competencias privativas en materia de alumbrado, sin especificar si en vías públicas o en demaniales particulares. Normativas posteriores declararon la competencia exclusiva de los Ayuntamientos para el alumbrado y el suministro de luz, calor y fuerza motriz; configurándose el servicio del gas de carácter municipal con monopolio. Sin embargo, a partir del Decreto de 27 de enero de 1956 (primer Reglamento del servicio público de suministro de gas), se observa un sucesivo desapoderamiento de las competencias municipales en esta materia, confirmándose en el Reglamento aprobado por Decreto 2803/73, de 27 de noviembre, que atribuye al Estado, a través del Ministerio de Industria y Energía, las competencias esenciales en la regulación del sector y para las concesiones de suministro y autorización de las instalaciones, sin perjuicio de las competencias municipales por razón de licencias de obra, ocupación de terrenos municipales, de apertura de instalaciones, etc.

El sector del gas se regula por la Ley 34/1988, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.⁴⁸ Con ella se trata de avanzar en la liberalización del sector y de recoger los avances en esta industria. Dicha ley, según su propia exposición de motivos, "tiene por objeto renovar, integrar y homogeneizar la distinta normativa legal vigente en materia de

⁴⁸ La Ley 12/2007, de 2 de julio, modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.

hidrocarburos; se pretende, por tanto, conseguir una regulación más abierta, en la que los poderes públicos salvaguarden los intereses generales a través de la propia normativa, limitando su intervención directa en los mercados cuando existan situaciones de emergencia". Asimismo, señala que "esta regulación debe permitir, además, que la libre iniciativa empresarial amplíe su campo de actuación".

Pero esta ley supone cierta novedad: se suprime en el sector del gas la consideración de servicio público, aunque se mantiene la consideración de actividades de interés general. Como establece su propia Exposición de Motivos, "a diferencia del sector eléctrico, cuyos suministros son considerados de carácter esencial, los de hidrocarburos tienen una especial importancia para el desenvolvimiento de la vida económica", debiendo "el Estado velar por su seguridad y continuidad", lo que "justifica las obligaciones de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad".

c) Abastecimiento y depuración de aguas⁴⁹

"La actividad consistente en el suministro de agua potable a quienes integran las poblaciones ha sido considerada, tradicionalmente por nuestro Derecho, como un servicio público, cuya responsabilidad corre a cargo de los Municipios".⁵⁰

Aunque existen otros antecedentes normativos interesantes, cabe destacar que ya la Ley de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877, señalaba en su artículo 11, que "corresponde a la Administración municipal conocer, con arreglo a las leyes orgánicas (...) del abastecimiento de aguas a las poblaciones, en lo tocante a la construcción de las obras o a la concesión

⁴⁹ Aunque en España se sigue considerando un servicio público, el Libro Blanco de la Comisión Europea lo considera un servicio de interés general.

⁵⁰ MESTRE Delgado, J.F., *Lección 12. Abastecimiento de agua a poblaciones*, en Cano Campos, T. (coord.) *et al.*, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Madrid, Iustel, 2009, *tomo VII*, p. 362.

de las mismas a empresas particulares".⁵¹ Actualmente el dominio público hidráulico y uso del agua está regulado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, que refunde diversas normas al respecto, entre las que podemos destacar la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

Es la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, la que reconoce a los Municipios la competencia en materia de "suministro de agua y recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales" (artículo 25.2.1). Por tanto, los Municipios, por sí o asociados, deben prestar, en todo caso, los servicios de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado, y en los de población superior a 5.000 habitantes, además, el de tratamiento de residuos (artículo 26.1.a) y b). La propia ley declara la reserva en favor de las entidades locales de los servicios esenciales de "abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos" (artículo 86.3).

Ya la Ley de Aguas de 1985, en su artículo 57, establece que todo uso privativo de las aguas requiere concesión administrativa. Si tenemos en cuenta lo previsto en el vigente texto refundido antes mencionado, para el otorgamiento de las concesiones se observará el orden de preferencia que se establezca en el Plan Hidrológico de la cuenca correspondiente (artículo 60.1), y a falta de dicho orden de preferencia, el establecido en el artículo 60.3, que atribuye preferencia absoluta el abastecimiento de las poblaciones.

⁵¹ Otros antecedentes los encontramos, por ejemplo, en la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, que reservaba a los Ayuntamientos, "formar los reglamentos para el régimen y distribución de las aguas en el interior de las poblaciones con sujeción a las disposiciones generales administrativas" (artículo 171); la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, que imponía a los Municipios la "obligación de proporcionar un sistema de abastecimiento de aguas de bebida que cumpla un mínimo de condiciones sanitarias" (Base XXVII); y la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955, que declaraba de la competencia municipal la "salubridad e higiene; aguas potables y depuración, y aprovechamiento de las residuales, fuentes, abrevaderos, lavaderos y alcantarillados; piscinas y baños públicos" (artículo 101), siendo obligatorio en todos los Municipios el "surtido de agua potable en fuentes públicas, abrevaderos y lavaderos" (artículo 102), y en los de población superior a 5.000 habitantes el "abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado y baños públicos" (art. 103), pudiendo ser municipalizados con monopolio los "servicios de abastecimiento de agua" (artículo 166).

En cuanto a las concesiones, la normativa ofrece varias posibilidades: bien que el concesionario sea la propia corporación titular del servicio público (o una empresa municipal, de particular importancia en ese ámbito, como determinó la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1987), o cuando afecta a varios Municipios, pueda serlo una mancomunidad, un consorcio u otra entidad semejante.

d) Recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos

La finalidad perseguida con el tratamiento de residuos ha ido cambiando y evolucionando con el paso del tiempo. Así, lo que en un principio respondía a meros motivos sanitarios y de higiene, poco a poco se va convirtiendo en una auténtica necesidad, principalmente por el aumento en la cantidad y toxicidad de dichos residuos. "En las últimas décadas las normas internacionales y comunitarias sobre residuos han evolucionado desde una visión esencialmente economicista y de control de riesgos hacia una perspectiva preventiva y de reducción del volumen producido".⁵²

La normativa al respecto es bastante compleja ya que, además de existir normas que regulan las diversas actividades de gestión, también hay normas especiales para residuos específicos.⁵³

La última ley estatal publicada al respecto es la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados. Con ella se pretende trasponer la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, y modificar la normativa interna existente al respecto, esencialmente en lo que respecta a la antigua ley de residuos, la Ley 10/1998, de 21 de abril, consiguiendo, por tanto, la actualización del régimen jurídico de la producción y gestión de residuos a la luz de la

⁵² PIZARRO NEVADO, R., *Lección 13. La recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos*, en CANO Campos, T. (coord.) *et al.*, 2009, p. 385.

⁵³ Aunque no está totalmente actualizada, pues faltaría la última de las leyes aprobadas respecto a residuos, la mencionada en el texto Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, puede resultar interesante la clasificación ofrecida por Pizarro Nevado, ya que realiza un recorrido por toda la normativa internacional, nacional e incluso autonómica respecto a la materia. *Ibidem.*, p. 388 y ss).

experiencia adquirida, de las lagunas detectadas, y de la evolución y modernización de la política de residuos.

Esta nueva normativa incorpora el listado europeo de residuos, distinguiéndose entre residuo doméstico, comercial e industrial, al objeto de clarificar las competencias de gestión para los distintos tipos de residuos. La planificación de la gestión de los residuos es un instrumento esencial de la política de residuos. Por ello esta Ley desarrolla planes a nivel nacional, autonómico y local., el Plan Nacional marco de Gestión de Residuos define la estrategia general de gestión de residuos así como los objetivos mínimos, las Comunidades Autónomas elaborarán sus respectivos planes autonómicos de gestión de residuos, y se posibilita a las Entidades Locales para que realicen, por separado o de forma conjunta, programas de gestión de residuos.

El artículo 12 de la mencionada ley establece las diversas competencias al respecto, concretamente el 12.3 comprende las competencias nacionales a través del Ministerio del Medio Ambiente, el 12.4 se refiere a las competencias de las de las Comunidades Autónomas, y el 12.5.a) es el que establece que corresponde a las Entidades Locales, o a las Diputaciones Forales cuando proceda, como servicio obligatorio, la recogida, el transporte y el tratamiento de los residuos domésticos generados en los hogares, comercios y servicios en la forma en que establezcan sus respectivas ordenanzas en el marco jurídico de lo establecido en esta Ley, de las que en su caso dicten las Comunidades Autónomas y de la normativa sectorial en materia de responsabilidad ampliada del productor. La prestación de este servicio corresponde a los Municipios que podrán llevarla a cabo de forma independiente o asociada.

e) Servicios funerarios y mortuorios

Tradicionalmente se ha tratado de uno de los servicios en manos de la administración pública; concretamente ha sido la administración local la que se ha encargado de esta actividad prestacional, sin perjuicio de las competencias que posee el Estado y las Comunidades Autónomas relativas a funciones de policía mortuoria. En este sentido cabe destacar una ley

estatal que sigue vigente hoy en día, la Ley 49/1978, de 3 de noviembre, de cementerios municipales, que trata de impedir la discriminación a la hora de realizar enterramientos en cementerios públicos, por motivos religiosos o ideológicos.

Como muchos otros servicios, ha sufrido en los últimos años un proceso de liberalización, que en este caso comienza en el año 1996, a través del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, y que se amplía a través de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de Reforma para el Impulso de la Productividad.

Tras dicha liberalización, se distingue entre cementerios y servicios funerarios. En cuanto a los cementerios, se siguen considerando un bien demanial y una obligación para los Municipios, y por tanto una prestación común, independientemente del número de habitantes que tenga el Municipio, como se establece en el artículo 26.2.a) de la LBRL, si bien se permite ofrecer el servicio de manera mancomunada.

Por su parte, los servicios funerarios podrán ser llevados a cabo por prestadores privados, si bien necesitarán una autorización del Ayuntamiento, previo cumplimiento de una serie de requisitos y siempre que dispongan de los medios adecuados para el transporte de los cadáveres.

Poco a poco, junto al enterramiento, se está convirtiendo en práctica habitual la cremación o incineración de cadáveres, admitida jurídicamente, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en el Decreto 72/1999, de 1 de junio, de sanidad mortuoria, y que ayuda a controlar el aumento continuo de las necrópolis.

IV. Fuentes de consulta

Bibliográficas

ÁBALOS Meco, J.L., *Descentralización, financiación y servicios públicos, Fortalecimiento de la ciudadanía y cohesión social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

ÁLVAREZ García, V. y Duarte Martínez, R., *Administración Pública y Electricidad*, Civitas, 1997.

CALVO Díaz, G., *El nuevo marco comunitario*, en Villar Uríbarri, J.M. et al., *La nueva regulación de las Telecomunicaciones, Televisión e Internet*, Aranzadi, 2003.

CHINCHILLA Marín, C., *La radio-televisión como servicio público esencial*, Tecnos, 1998.

COSCULLUELA Montaner, L., *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, 24ª Ed., Civitas, 2013.

DE PALMA De Teso, A., *Lección 11. La asistencia social*, en Cano Campos, T. (coord.) et al., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Madrid, Iustel, 2009, tomo VII.

DUGUIT, L., *Traité de Droit constitutionnel*, 3º Ed., Paris, Fontemoing, 1928, tomo II.

GARCÍA de Enterría, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, 13ª Ed. Civitas, volumen II, 2013.

GUARNIDO Rueda, A., JAÉN García, M. y AMATE Fortes, M., *La desregularización y privatización de las empresas públicas: el caso de las telecomunicaciones en España*, Editorial Universidad de Almería, 2007.

HAURIUO, M., *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 8ª Ed., Sirey, 1914.

MESTRE Delgado, J.F., *Lección 12. Abastecimiento de agua a poblaciones*, en CANO Campos, T. (coord.) et al., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Madrid, Iustel, 2009, tomo VII.

PARADA Vázquez, J.R., *Los servicios públicos en España*, en Arismendi, A.; Caballero Ortiz, J.; et al., *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, 2003, volumen 2.

PEMÁN Gavín, J.M. y CIERCO Seira, C., *Lección 10. La sanidad y la salud pública*, en CANO Campos, T. (coord.) et al., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Madrid, Iustel, 2009, tomo VII.

PETIT Lavall, M.V., *El acceso al mercado del transporte aéreo en el ámbito europeo*, en Guerrero Lebrón, M.J. (coord.) et al., *Cuestiones actuales del Derecho aéreo*, Barcelona, Marcial Pons, 2012.

PIZARRO Nevado, R., *Lección 13. La recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos*, en Cano Campos, T. (coord.) et al., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Madrid, Iustel, 2009, tomo VII.

RODRÍGUEZ Planas, M., *Estudio de la obligación del servicio público en el transporte aéreo de Menorca*, Fundació Universitària del Bages, 2013.

SOLOZÁBAL Echavarría, J.J., *Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico*, Documento de trabajo 89/2006, Madrid, Laboratorio de Alternativas, 2006.

Hemerográficas

MATÉS Barco, J.M., "Empresas, sociedad y servicios públicos: del Estado prestador al Estado regulador", en *Revista Empresa y Humanismo*, Navarra, 2008, volumen XI.

MEILÁN Gil, J.L., "El servicio público en el contexto constitucional y comunitario", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2005, núm. 9.

PEDREIRA Andrade, A., *Hacia una potenciación del derecho constitucional a la protección de la salud*, en *Actualidad Administrativa*, Madrid, La Ley, núm. 10.

PÉREZ Ruiz, G., Reseña de *Principios generales del Derecho Público*, de Moderne, F., en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 34, núm. 1, 2007.

Legislativas

Constitución Española de 1978.

Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea.

Ley 49/1978, de 3 de noviembre, de cementerios municipales.

Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión.

Ley 49/1984, de 26 de diciembre, sobre Explotación Unificada del Sistema Eléctrico Nacional.

Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local.

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones.

Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.
Ley 34/1988, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

Ley 32/1992, de 3 de diciembre, de modificación de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones.

Ley 25/1994, de 12 de julio, se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de Disposiciones Legales, Reglamentarias y Administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de Radiodifusión Televisiva.

Ley 40/1994, de 30 diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional.

Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite.

Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones.

Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos.

Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales.

Ley 22/1999, de 7 de junio, de modificación de la Ley 25/1994, de 12 de julio (la anterior).

Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

Ley 43/2010, de 30 de noviembre, de Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal.

Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario.

Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de Reforma para el Impulso de la Productividad.

Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y la Televisión de titularidad estatal.

Ley 17/2007, de 4 de julio, modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos contaminados.

Ley 9/2013, de 4 de julio, de modificación de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

LO 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa. Decreto 72/1999, de 1 de junio, de sanidad mortuoria.

Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica.

Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

Jurisdiccionales

Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981 (STC 26/1981).

Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 1982 (STC 12/1982).

Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1983 (STC 111/1983).

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1987.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de diciembre de 2002 (STC 239/2002).

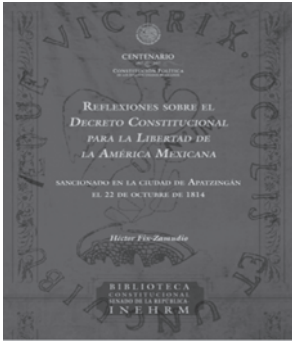
Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 2007 (STC 236/2007).

Electrónicas

MORENO Fernández-Santa Cruz, M., *Sinopsis del artículo 128 de la Constitución Española*, 2003, actualizada por Moret, V., junio 2011, disponible en: www.congreso.es

RECOMENDACIONES EDITORIALES

REFLEXIONES SOBRE EL DECRETO CONSTITUCIONAL PARA LA LIBERTAD DE LA AMÉRICA MEXICANA



*Reseña: Francisco Burgoa**

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Reflexiones sobre el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en la Ciudad de Apatzingán el 22 de octubre de 1814*, México, Senado de la República e Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2014, 204 pp.¹

El Comité para la Conmemoración del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos presentó la colección "Biblioteca Constitucional", con el propósito de reunir las obras clásicas en la materia, así como nuevas investigaciones que nos permitan conocer el proceso que culminó con la Carta Magna que nos rige.

En esta ocasión, el Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México (INEHRM) y el Senado de la República decidieron unir sus esfuerzos para reeditar el libro *Reflexiones sobre el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana* del doctor Héctor Fix-Zamudio, investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

* Director General Adjunto de Promoción a la Historia del Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México (INEHRM) y Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UNAM.

¹ Obra disponible en línea: http://constitucion1917.gob.mx/contenido/biblioteca_virtual/BibliotecaConstitucional/reflexiones/reflexiones_sobre_decreto_final.pdf

A lo largo de los seis capítulos que integran el libro que hoy comentamos, el constitucionalista Fix-Zamudio nos conduce por aquellos aspectos históricos y jurídicos necesarios para comprender la relevancia de este *Decreto Constitucional* que constituye el soporte jurídico del movimiento insurgente durante la guerra de independencia.

Por tal motivo, inicia la obra con el contexto histórico de nuestro país en los primeros años del siglo XIX, centrándose en lo relativo a la guerra de independencia a partir del grito dado por Miguel Hidalgo en el pueblo de Dolores el 16 de septiembre de 1810 y continúa con la Junta de Zitácuaro instalada por Ignacio López Rayón, José María Liceaga y José Sixto Verduzco.

Asimismo, analiza tanto los *Elementos Constitucionales* circulados por López Rayón, como los *Sentimientos de la Nación* del 14 de septiembre de 1813 de José María Morelos y el *Acta Solemne de la Declaración de Independencia de la América Septentrional* del 6 de noviembre de 1813 que expidió el Congreso Constituyente de Chilpancingo, el primero de nuestra nación.

Posteriormente, el autor realiza un análisis impecable del *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana* conocido también como la Constitución de Apatzingán por haber sido promulgado en ésta población. Durante estas reflexiones aborda su contenido de acuerdo a los aspectos previstos en el Título I, por lo que se refiere a los "Principios o Elementos Constitucionales" y en el que destaca el capítulo dedicado a los cuatro grandes rubros de los derechos fundamentales: igualdad, seguridad, propiedad y libertad de los ciudadanos.

Por su parte, el Título II, trata lo relativo a la "Forma de gobierno", en el que se establece las divisiones y los límites del territorio nacional y lo relativo a las supremas autoridades: Supremo Congreso Mexicano (Legislativo); Supremo Gobierno (Ejecutivo) y Supremo Tribunal de Justicia (Judicial). Una información relevante que aporta el autor derivado de su investigación es concluir que las únicas ideas que se tomaron de la

Constitución de Cádiz de 1812 fueron en cuanto al sistema electoral. Enseguida, expone el tema sobre *La declinación y terminación de la segunda etapa de la Guerra de Independencia*, con la derrota y fusilamiento de José María Morelos ocurrido en 1815.

El presente libro se encuentra enriquecido con las biografías de los constituyentes de 1814 y una versión facsimilar de la *Constitución de Apatzingán*, que permitirá al lector conocer directamente su contenido y las razones de su importancia a 200 años de su promulgación. De igual forma, contiene la presentación del doctor Enrique Burgos García, Senador de la República y el prólogo de la doctora Patricia Galeana, Directora General del INEHRM y Secretaria Técnica del Comité para la Conmemoración del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ambos textos dan realce a la investigación del maestro Héctor Fix-Zamudio.

La obra que nos ocupa es lectura indispensable para conocer el inicio de nuestra historia constitucional al tratarse de uno de los estudios jurídicos más completos que se tengan sobre el *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana* y cuyos principios fundamentales se encuentran incorporados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que nos rige, entre ellos, podemos mencionar la igualdad jurídica, derecho de propiedad, presunción de inocencia, soberanía popular, división de poderes, la idea de la República y en su nombre, estableció el antecedente del nombre de nuestro país, México.

LA PRAGMÁTICA LINGÜÍSTICA. EL ESTUDIO DEL USO DEL LENGUAJE



*Reseña: Nohemí Gómez Gutiérrez**

REYES, Graciela, *La pragmática lingüística. El estudio del uso del lenguaje*, 2ª. Ed., Montesinos, Biblioteca de Divulgación Temática, España, 1994, 152 pp.

Dado que el ser humano tiene que vivir en sociedad, es necesario que intereactúe entre sí y se comunique, exprese sus ideas, sentimientos, opiniones y conocimiento; esta comunicación se puede llevar a cabo de diversas formas, una de ellas, la más socorrida es el lenguaje.

La lingüística, ciencia del lenguaje, se aborda como temática principal en conjunto con la pragmática en este libro denominado "La pragmática lingüística. El estudio del uso del lenguaje" que sin duda nos brinda un enfoque técnico en el que se recopilan diversos estudios de especialistas en la materia.

La obra se compone de cinco capítulos, en los que ampliamente se detalla el arte y la ciencia de la comunicación por medio del lenguaje, en el que el hablante interviene esencialmente en la formulación de la comunicación.

El primer capítulo denominado "*El estudio del significado lingüístico*" hace una interesante exposición sobre el uso del lenguaje, el texto señala que la pragmática es la disciplina lingüística que estudia como los seres hablantes interpretamos los enunciados y su contexto, enfatizando que la pragmática estudia el lenguaje en función de la comunicación.

* Licenciada en Derecho y candidata a maestra en Educación Superior por la Universidad Autónoma de Chihuahua. Actualmente Secretaria de Estudio y Cuenta del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua.

La autora destaca que al emplearse el lenguaje, el significado que se produce es mayor que las proposiciones enunciadas. El gesto, postura, tono de voz, entonación, longitud de las pausas, frases cortadas, todo significa y muchos de estos materiales pueden integrarse en una descripción lingüística.

En este capítulo se menciona que el silencio produce también significado, porque es un hecho lingüístico, y que a la pragmática lingüística le corresponde estudiarlo.

Los significados que se producen al hablar o no hablar pueden ser de diferente naturaleza; comunicando se reclama la atención de alguien, brindándole información relevante. El texto señala que la falta del lenguaje es tan importante como el lenguaje mismo.

En este apartado, se hace especial énfasis en que la información comunicada tiene impacto en los oyentes, pero también a los hablantes, debido a que las expresiones moldean la realidad de los sujetos que expresan las ideas.

La autora sugiere que en principio quien quiera estudiar el lenguaje en uso no debería aislarlo de nada, señalando la importancia del entorno y del contexto en cada emisión, de cada situación y de cada comunidad.

La pragmática es concebida una disciplina que busca al objeto y que no intenta reconstruir reglas, sino principios.

El segundo capítulo titulado "*Decir, querer decir y decir sin querer*", se enfoca en el habla, en el lenguaje como comportamiento social, en el enunciado, entre otros temas. Se expone la noción de felicidad señalando que con una frase feliz se puede modificar la realidad, expone mediante el positivismo lógico de Austin que si una oración no es verificable no se puede probar su verdad o falsedad, careciendo de sentido su exposición.

Este capítulo también manifiesta el erotismo lingüístico y la seducción en el lenguaje al producir que el mismo alcance su propósito.

A la letra, el libro plasma que una de las características más notables de la comunicación verbal es que no todo el significado de lo que decimos está en las palabras que decimos. En efecto: cuando uno dice algo, por lo general quiere decir más de lo que literalmente dice o quiere decir otra cosa. Y cuando uno escucha algo, entiende casi siempre más o entiende otra cosa, y si entiende solo lo que oye, quizá es que entiende mal.

Usar el lenguaje no es tan solo poner en movimiento fonemas, palabras, estructuras sintácticas y proposiciones. Usar el lenguaje es activar, además una serie de conocimientos que las palabras evocan y no necesitan hacer explícitos.

El capítulo "*Acuerdos y transgresiones*" hace referencia a la *implicatura* como aquella dimensión pragmática que no forma parte del sentido literal del enunciado, sino que se produce por la combinación del sentido literal y del contexto; se hace mención también de las máximas de: cantidad, cualidad, relación y manera; así como del principio de cooperación.

En este apartado se hace énfasis a la relevancia del entorno del individuo y de los hechos y suposiciones manifiestos, entendiéndose que algo manifiesto es perceptible o inferible y puede ser por supuesto, verdadero o falso.

Graciela Reyes señala que el entorno cognitivo de cada individuo es diferente, porque sus capacidades, perceptivas o inferenciales son distintas, porque cada grupo habla lenguas diferentes con las que construye representaciones diferentes, o porque las memorias y experiencias y la interpretación de ellas difieren.

"*El hablante en la gramática*", es el título del capítulo cuarto en el que se incluyen temas como el imperfecto español y el hablante como codificador codificado, señalando que el lenguaje es el mejor y más eficiente

medio de transmisión de significados, y que para expresarlos, el lenguaje debe codificarlos.

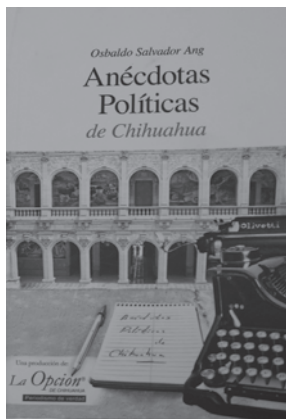
La autora señala que la gramática de una lengua es un aparato muy complejo, formado por diferentes niveles (fónico, léxico, sintáctico y semántico) que se ocupa continuamente en la codificación de significados. En este capítulo se analizan algunos aspectos de la relación entre el aparato de codificación y su usuario, tal como se manifiesta en el sistema gramatical de la lengua.

El capítulo "*Las voces del texto*" hace referencia entre algunos temas a la multivocidad como problema lingüístico en donde la autora comenta que la pragmática está fundada, sobre la idea de que hay un sujeto racional, que es capaz de expresar y reconocer intenciones comunicativas: un sujeto unitario, no dividido, un sujeto con una sola voz.

En este apartado, se incluye que el lenguaje es plural porque para funcionar tiene que ser de todos los miembros de la comunidad. Por ejemplo, como señala el texto, si no uso alguna fórmula reconocible para hacer un juramento, no habré hecho el juramento, y también se necesitan fórmulas reconocibles para hacer promesas, pedir perdón, elogiar, insultar, pedir algo, hacer afirmaciones, poner en duda, llamar a alguien, dar condolencias, declarar mi amor.

Podría decirse, en efecto, que todos los actos del habla son imitativos, por que hacer un acto del habla es imitar un modelo, y en ese modelo el que habla desempeña el papel del ejecutante.

ANÉCDOTAS POLÍTICAS DE CHIHUAHUA



Reseña: Nancy Lizeth Flores Bernés

SALVADOR Ang, Osbaldo, *Anécdotas Políticas de Chihuahua*, Chihuahua, La Opción de Chihuahua, 2014, 224 pp.

"En política nunca se equivoca uno solo hay que esperar".¹

El doctorando en derecho y constructor de la información con una trayectoria aproximada de treinta años, Osbaldo Salvador Ang, presenta su libro "*Anécdotas Políticas de Chihuahua*" que es una compilación de relatos que ha publicado en el portal digital de la *opcion.com.mx*.

A través de 160 anécdotas, impresas en una edición accesible, logra hacernos partícipes de las reflexiones que llegaron a hacerse algunos personajes políticos a lo largo de la historia política contemporánea chihuahuense. Cada narración con contenido de tinte sarcástico e irónico nos transmite anécdotas y mensajes a través de los sucesos que les acontecieron a varios políticos.

Salvador Ang, hace presición de que él no fue quien presencié cada situación, él se dedicó a redactar las anécdotas, que le llegaban a sus oídos, para después compilarlas. Comenta en su publicación que él fue el medio que escogieron quienes vivieron las anécdotas, quienes las presenciaron de lejos o quienes solo las escucharon, no obstante, como lo menciona en el contenido de una anécdota: es mejor no adjudicárselas, ni creerselas, pero tampoco hay que descartarlas.

¹ SALVADOR Ang, Osbaldo, *Anécdotas Políticas de Chihuahua*, Chihuahua, La Opción de Chihuahua, 2014, p. 113. Frase autoría de Adolfo Ruíz Cortines.

La publicación evoca a personajes de la política chihuahuense que marcaron rumbo en diferentes etapas, tales como gobernadores, diputados, senadores entre otras personas que ocuparon cargos por designación y por elección popular, destacando también en las narraciones a personajes de la política de nuestro país.

Este libro, nos brinda la oportunidad de contemplar la anécdota política como un género periodístico literario novedoso.² Comenta el mismo autor: "La anécdota política bien podría considerarse como un género del tipo didáctico, periodístico y literario, pues siempre conlleva una enseñanza, empieza a fijarse a través de los medios y requiere de un estilo narrativo que mezcla recursos de muy variada índole".³

El autor optó por elegir al Palacio de Gobierno del Estado de Chihuahua en la portada y contraportada, como mudo testigo de la historia política y social de Chihuahua.⁴

Para concluir, es pertinente citar la frase que Don Benjamín Ordaz Alonso, dedica a quienes escogieron como él la carrera de licenciado en derecho: "Lucha por tu derecho/ nunca distorciones el hecho."⁵ Así pues se hace una invitación a los políticos a actuar en base a los principios éticos.

Si es usted chihuahuense de esos a los que les gusta la política, sin duda será un libro que disfrutara en demasía.

² Presenta Oswaldo Salvador su libro "Anécdotas Políticas de Chihuahua", *Voz en red*, Entrevista de radio, Chihuahua, 4 de noviembre 2014, disponible en: <http://www.vozenred.com/?p=n&i=116243>

³ SALVADOR Ang, Osbaldo, "Anecdotario", *La Opción de Chihuahua*, Chihuahua, 14 octubre 2014, disponible en: <http://laopcion.com.mx/noticia/65575>.

⁴ SALVADOR Ang, Osbaldo, *op. cit.*, nota 1, p. 195.

⁵ *Ibidem*, p. 87.

LINEAMIENTOS EDITORIALES

Contienen las reglas generales que deberán cumplir los trabajos que sean propuestos para ser publicados en la revista *Quid Iuris*, órgano de difusión del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua.

CONTENIDO

Formato

Citas bibliográficas

- A. Cuando se refiere a libros.
- B. Cuando se refiere a un capítulo de un libro.
- C. Cuando se refiere a libros electrónicos.
- D. Cuando se refiere a un capítulo de un libro electrónico.
- E. Cuando se refiere a un diccionario o enciclopedia como un todo.
- F. Cuando se refiere a una voz de un diccionario o enciclopedia.

Citas hemerográficas

- A. Cuando se refiere a revista impresa.
- B. Cuando se refiere a un artículo de una revista impresa.
- C. Cuando se refiere a revistas electrónicas.
- D. Cuando se refiere a un artículo de una revista electrónica.
- E. Cuando se refiere a un periódico.
- F. Cuando se refiere a un artículo de una sección de un periódico.

Citas de legislación, jurisprudencia, tesis relevantes y resoluciones judiciales

- A. Cuando se refiere a un ordenamiento jurídico.
- B. Cuando se refiere a tesis de jurisprudencia o relevantes.
- C. Cuando se refiere a una resolución judicial.

Aclaraciones finales

Abreviaturas

QUID IURIS

El Tribunal Estatal Electoral del Estado de Chihuahua, publica desde el año 2005 la colección jurídica Quid Iuris, con el objetivo de fomentar la investigación y la cultura democrática, además de contribuir al análisis jurídico.

Quid Iuris está dirigida a estudiantes, profesionales e investigadores y en general, a toda persona o institución interesada en el desarrollo de temas relacionados con la democracia y el Derecho. Desde su creación, se han publicado artículos relacionados con el derecho político, electoral, constitucional, entre otras ramas, distribuyéndose gratuitamente dentro del país y en el extranjero. Asimismo, ha contado con la participación de investigadores locales, nacionales e internacionales de reconocido prestigio y sólida trayectoria en el ámbito académico.

Quid Iuris es una publicación trimestral con recepción permanente de artículos, los cuales deben ajustarse a los siguientes:

LINEAMIENTOS EDITORIALES

- RECEPCIÓN DE DOCUMENTOS. Toda colaboración deberá ser enviada en formato electrónico al Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua, sito en Calle 33ª, Núm. 1510, Col. Santo Niño, C.P. 31200, Chihuahua, Chih. o bien, enviarse al correo electrónico quidiuris@techihuahua.org.mx
- DATOS Y AFILIACIÓN DE AUTORES. Toda colaboración deberá ir precedida de una hoja en la que aparezcan además del título del trabajo: una ficha o síntesis curricular del autor, en la que se indiquen preferentemente, el grado académico máximo, la adscripción institucional, su dirección postal y las cinco publicaciones últimas más recientes, dado su caso.
- RESUMEN DEL DOCUMENTO. Se solicita además anexar un resumen del artículo en una

extensión aproximada de media cuartilla (de 150 palabras) en que se sinteticen los propósitos y conclusiones principales del trabajo (abstract), así mismo el artículo deberá ir acompañado de palabras claves y de un sumario. Los artículos deberán ser originales e inéditos.

· ORIGINALIDAD. El contenido de los artículos es responsabilidad exclusiva de los autores así como garantizar el carácter inédito del artículo y presentar los permisos por escrito del titular o titulares del material que no les es propio. El Comité Editorial de la revista se reserva el derecho de aceptar y publicar excepcionalmente trabajos no inéditos, por lo cual el autor deberá manifestar ese hecho e incluir la referencia bibliográfica correspondiente.

· BIBLIOGRAFIA. Deberá ajustarse, en el orden de sus componentes, a lo señalado en los modelos para las notas a los pies de página.

Las fichas deberán ordenarse alfabéticamente por autor, en caso de que existan varias fichas de obras de un mismo autor, a partir de la segunda deberán sustituirse los apellidos y el nombre por seis guiones cortos (equivalentes a tres rayas).

· PONENCIAS DE EVENTOS ACADÉMICOS. En el caso de ponencias presentadas en eventos académicos, deben especificarse también los siguientes datos: nombre del evento, instituciones patrocinadoras, ciudad y fecha en que se llevó a cabo.

Los autores de los artículos publicados recibirán un mínimo de cinco ejemplares de corte-sía de la Revista.

Formato

Los trabajos originales deben ser entregados en formato electrónico en el procesador de texto Word. Deben ser escritos en hoja tamaño carta, con márgenes superior e inferior de 2.5 centímetros e izquierdo y derecho de 3

centímetros, 1.5 de interlínea y letra arial de 12 puntos, con una extensión de entre 15 y 30 cuartillas.

Las notas deberán presentarse a pie de página, escritas con espacio sencillo, en letra arial de diez puntos. Los distintos elementos que las conforman deberán ir separados sólo por coma. Los pies de página deberán ir numerados secuencialmente.

Citas bibliográficas

A continuación se precisan los datos que deben contener las citas bibliográficas, cabe mencionar que la bibliografía será igual, a excepción de la referencia a la página consultada.

Documentos impresos y electrónicos

A. Cuando se refiere a libros

El orden en que deberán aparecer los distintos elementos que integran las notas, si es que los hay todos, es el siguiente:

1. Autor (primero los apellidos y luego el nombre o nombres, separados por coma los primeros de los segundos).
2. Título de la publicación (en letras itálicas, sólo se usará la mayúscula inicial y en los nombres propios).
3. Número de Edición (la primera no debe indicarse).
4. Traductor
5. Lugar de edición (ciudad).
6. Editorial.
7. Año.
8. Colección (si es el caso).
9. Volumen o tomo (si es el caso)
7. Página.

Más de dos autores.- (Se empleará la abreviatura et al. (y otros) después del nombre del primer autor sin que medie coma).

Cuando se refiere una obra parte de una colección.- El nombre de la colección deberá colocarse después del año de edición.

Cuando la obra consta de varios tomos.- El tomo referenciado deberá quedar indicado des-

pués del año de edición (o de la colección si la hay).

Notas:

1) Cuando se cite por segunda o posterior ocasión una obra, deberá utilizarse op. Cit., acompañado del número de nota en donde apareció por primera vez la referencia, siempre y cuando dicha referencia no sea la inmediata anterior;

2) Si tenemos necesidad de referir la misma obra, pero distinta página en la nota posterior inmediata, usaremos *ibid.* y el número de página;

3) Si se trata de la misma obra e incluso la misma página, entonces usaremos el vocablo *idem* (sin más indicación).

B. Cuando se refiere a un capítulo de un libro
La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Autor del capítulo (primero los apellidos y luego el nombre o nombres, separados por coma los primeros de los segundos).
2. Título del capítulo (en letras itálicas).
3. En: subrayado y seguido de dos puntos, nombre del autor del libro, cuando éste difiere del autor del capítulo, seguido del título del libro.
4. En su: subrayado y seguido de dos puntos, cuando el autor del capítulo es el mismo autor del libro.
5. Título de la publicación (en letras itálicas, sólo se usará la mayúscula inicial y en los nombres propios).
6. Lugar de edición (ciudad).
7. Editorial.
8. Año.
9. Tomo.
10. Página.

C. Cuando se refiere a libros electrónicos

Fecha de consulta. Debido a que los documentos electrónicos son constantemente actuali-

zados, deberá incluir en la referencia la fecha en que el documento fue revisado, entre corchetes, precedida por la palabra « fecha de consulta », por último, deberá contemplar día, mes y año.

Disponibilidad y acceso. Para los recursos en línea se deberá proveer información que identifique y localice el documento consultado. Esta información deberá estar identificada por las palabras «Disponible en». La información de la ubicación de documentos en línea en una red computacional como Internet, deberá estar referida al documento que fue consultado, incluyendo el método de acceso a él (por ejemplo: ftp, http://..., etc.) así como la dirección en la red para su localización. Dicha dirección deberá transcribirse tal cual, es decir, respetando las mayúsculas y minúsculas y con la misma puntuación.

La cita se construye con los siguientes datos:

1. Autor(es), ya sea institucional o personal.
2. Nombre del documento (en letras itálicas)
3. Tipo de medio [entre corchetes].
4. Edición o versión.
5. Lugar de publicación.
6. Editor.
7. Fecha de publicación.
8. Editor.
9. Fecha de consulta [requerido para documentos en línea; entre corchetes].
10. Disponibilidad y acceso (requerido para documentos en línea).

D. Cuando se refiere a un capítulo de un libro electrónico

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Autor(es), ya sea institucional o personal.
2. Título del documento (en letras itálicas)
3. Tipo de medio [entre corchetes].
4. Edición.
5. Lugar de publicación.
6. Editor.
7. Fecha de publicación.

8. Fecha de revisión/actualización.
9. Fecha de consulta [requerido para documentos en línea; entre corchetes].
10. Capítulo o designación equivalente de la parte.
11. Título de la parte.
12. Ubicación del material original.
13. Disponibilidad y acceso (requerido para documentos en línea).

E. Cuando se refiere a un diccionario o enciclopedia como un todo.

La cita se construye con los siguientes elementos:

- 1.- Editor (ed.), compilador (comp.), director (dir.)
- 2.- Título (en letras itálicas)
- 3.- Edición (excepto la primera).
- 4.- Lugar de publicación.
- 5.- Editorial.
- 6.- Año.
- 7.- Páginas.

F. Cuando se refiere a una voz de un diccionario o enciclopedia.

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Voz.
2. En:
3. Editor (ed.), compilador (comp.), director (dir.).
4. Edición (excepto la primera).
5. Lugar de edición.
6. Editorial.
7. Año.
8. Página específica del término.

Citas hemerográficas

A. Cuando se refiere a revista impresa

Si es que existen todos los elementos, el orden será el siguiente:

1. Autor o autores (primero los apellidos y luego el nombre o nombres separados por coma los primeros de los segundos).
2. Título del artículo (entre comillas, con mayúscula inicial y en nombres propios)

3. Traductor.
4. Título de la revista (en itálicas, en este caso, salvo las preposiciones y artículos, las demás palabras que conforman el nombre propio de la publicación deberán iniciar con mayúscula).
5. Lugar de edición.
6. Serie.
7. Epoca.
8. Año.
9. Volumen.
10. Número (anotar entre paréntesis).
11. Periodo o fecha (indicar mes y año).

B. Cuando se refiere a un artículo de una revista impresa

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Autor (es) del artículo.
2. Título del artículo (entrecomillado).
3. Título de la revista (en itálicas, en este caso, salvo las preposiciones y artículos, las demás palabras que conforman el nombre propio de la publicación deberán iniciar con mayúscula).
4. Volumen.
5. Número
6. Paginación (precedida de dos puntos).
7. Fecha (indicar mes y año).

C. Cuando se refiere a revistas electrónicas

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Título (letra mayúscula)
2. Tipo de medio [entre corchetes].
3. Edición.
4. Lugar de edición.
5. Editorial.
6. Número.
7. Fecha de publicación.
8. Fecha de consulta (requerida para documentos en línea; entre corchetes).
9. Serie (opcional).
10. Notas (opcional).
11. Disponibilidad y acceso (requerido para documentos en línea).
12. Número internacional normalizado (ISSN).

D. Cuando se refiere a un artículo de una revista electrónica

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Autor(es) del artículo o contribución, ya sea institución o persona.
2. Título del artículo o contribución (en letras itálicas).
3. Título de la revista o serie electrónica (en letra cursiva o subrayado).
4. Tipo de medio [entre corchetes].
5. Volumen.
6. Número.
7. Día, mes y año.
8. Fecha de consulta [requerida para documentos en línea; entre corchetes].
9. Ubicación dentro del documento original.
10. Disponibilidad y acceso (requerida para documentos en línea).
11. Número internacional normalizado (ISSN).

E. Cuando se refiere a un periódico.

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Autor
2. Título del artículo (entrecomillado y en letras itálicas).
3. Título del diario (en letra cursiva o subrayada).
4. Lugar de publicación.
5. Fecha (indicar día, mes y año).
6. Paginación.
7. Columna.

F. Cuando se refiere a un artículo de una sección de periódico

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Autor.
2. Título del artículo (entrecomillado y en letras itálicas).
3. Título del diario (en letra cursiva o

subrayada).

4. Lugar de publicación.
5. Fecha (indicar día, mes y año).
6. Página.
7. Columna.
8. Nombre de la sección del diario entre paréntesis y precedido de En sección:

Citas (Legislación, jurisprudencia y resoluciones)

A. Cuando se refiere a un ordenamiento jurídico.
Cuando es impreso.

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Número de la ley y/o denominación oficial si la tiene.
2. Título de la publicación en que aparece oficialmente.
3. Lugar de publicación.
4. Fecha de vigencia (indicar día, mes y año).

Quando es electrónico .

La cita se construye con los siguientes elementos:

1. Número de la ley y/o denominación oficial si la tiene.
2. Título de la publicación en que aparece oficialmente.
3. Lugar de publicación.
4. Fecha de vigencia (indicar día, mes y año).

B. Cuando se refiere a tesis de jurisprudencia o relevantes

Se aplicará el criterio y modelo que establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹ El orden de los elementos, publicación (Semanao Judicial...), sección o complemento (Apéndice, Boletín...), época (con altas iniciales), tomo (con bajas, abreviado), fecha, página (abreviado, con bajas).

C. Cuando se refiere a una resolución judicial

ACLARACIONES FINALES

- El primer apellido de los autores va siempre con versalitas

- El orden en que se escriben los nombres de los autores corresponde al orden en que aparecen en la portada del libro.

- En el caso de obras anónimas, el primer elemento de referencia será el título.

- Si el lugar de publicación es incierto, podrá asignar el lugar probable entre corchetes.

- Cuando no aparezca el lugar de publicación, deberá colocar la abreviatura «s.l.» entre corchetes.

Ejemplo:

[S.l.]: Fondo de Cultura Económica,
1999 –

- Se citará la editorial, tal como figura en el documento, no es obligatorio incluir las ex-

presiones «Editorial» o «Ediciones».

- Cuando la editorial no aparezca mencionada, se podrá colocar la imprenta, si no presenta ninguno de estos datos se deberá colocar la abreviatura s.n. (sine nomine) entre corchetes.

Ejemplo:

Bueno Aires: [s.n.], 2004.

- Se debe mencionar el número de la edición y no la de reimpresión. La diferencia entre edición y reimpresión radica en que en el primer caso hubo cambios en el libro, que pueden haber sido muy importantes o no, mientras que en la reimpresión, el libro volvió a imprimirse sin ningún cambio o modificación.

ABREVIATURAS

Abreviatura	Significado
Cfr.	Confróntese, confrontar
Comp.:	Compilador. Persona que reúne en una sola obra partes o textos de otros libros.
Coord.	Coordinador
et al.	Abreviatura del término latino <i>et allis</i> que quiere decir y otros. Se utiliza para señalar que hay más de tres autores en la creación de la obra.
ed. eds.	Editorial, editoriales.
ibid.	Abreviatura del término latino "ibidem" que significa en el mismo lugar, lo mismo. Se utiliza para evitar la repetición de la cita anterior. Cuando la referencia es exactamente la misma a la que precede, se usará solamente la abreviatura <i>Ibid.</i> En cambio, si el número de páginas es diferente, se utilizará <i>Ibid.</i> y a continuación el número de páginas.
Idem	Se utiliza para evitar la repetición de la cita anterior, si se trata de una referencia a la misma obra e incluso la misma página.
in fine	Al final
loc. cit.	Abreviatura del término latino <i>locus citatum</i> , que significa lugar citado. Se utiliza para evitar la repetición de la cita de un trabajo ya mencionado, con referencias intermedias y cuando corresponde a las mismas páginas.
op. cit.	Abreviatura del término latino " <i>opus citatum</i> ", que significa obra citada. Se utiliza cuando se desea volver a referirse a una cita ya mencionada, pero no consecutiva y cuando corresponda a diferentes páginas del trabajo. Se debe repetir el apellido del autor y poner a continuación: <i>Op. Cit.</i> , y el número de páginas.
Passim	En varias partes.
s. a.	Sin año de publicación.
s. e.	Sin editorial.
s. f.	Sin fecha de edición.
s.l.	Abreviatura del término latino <i>sine locus</i> . Quiere decir que se desconoce la ciudad o el lugar de la edición, ya que no se consignó dentro de la obra.
s.n.:	Abreviatura del término latino <i>sine nomine</i> . Quiere decir que se desconoce el nombre de la editorial, editor o distribuidor de la obra.
ss.	Siguientes.
Trad.	Traductor.
t. ts.	Tomo, tomos
Vid.	Ver
Vol. o V. Vols. o Vv.	Vol. Volumen dado de una obra en varios volúmenes Vols. Volúmenes. Se refiere al número de volúmenes que consta la obra.

QUIDIURIS

Año 9 Volumen 28

Publicación trimestral
del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua

Se imprimió la última semana del mes
de febrero de 2014 en la ciudad
de Chihuahua, México

Producción Editorial integral;
Aarón Carrasco/Artigraf

Se terminó de imprimir en
Impresos Fuentes
Tel. (614) 415-27-55
Chihuahua, Chih. México

e-mail: colofox66@gmail.com

Impreso y hecho en México

Quid Iuris

Año 9 Volumen 28 marzo - mayo 2015

Contenido

Presentación

Artículos inéditos:

Telecomunicaciones: más beneficios y derechos a los usuarios

Graciela Ortiz González

El lado oscuro de las acciones afirmativas

Una visión crítica (Artículo arbitrado)

Mauricio Huesca Rodríguez

Auditoría Abierta

Alianza para el Gobierno Abierto

Jesús Manuel Esparza Flores

Candidaturas independientes:

¿Más ciudadanía en los procesos electorales? (Artículo arbitrado)

Cecilia Sarabia Ríos

Pautas epistemológicas de la interpretación del acto jurídico testamentario desde la hermenéutica jurídica

Noadis Milán Morales

Celia Araujo Quintero

El garantismo en la justicia electoral

Alan Enrique Ramírez Rodríguez

Análisis de servicios públicos esenciales y servicios de interés general a la luz de la legislación española

María Nieves Pacheco Jiménez

María del Pilar Molero Martín-Salas

Recomendaciones editoriales:

Reflexiones sobre el decreto constitucional para la libertad de la América mexicana

Pragmática Lingüística

Anécdotas políticas de Chihuahua

Lineamientos editoriales



Tribunal Estatal Electoral
de Chihuahua