

# PUBLICACIÓN ESPECIAL

## JORGE BARRERA GRAF: LA SENDA DE UN JURISTA♦

*Juan Luis González A. Carrancá\**

*Sumario: Introducción. I. Los primeros años: el comienzo del derrotero del jurista. II. Vida profesional y consolidación académica. III. Obra y pensamiento de Barrera Graf. IV. La vida universitaria como retiro. V. Reflexiones finales a manera de epitafio. Bibliografía.*

*En la opinión pública todo es falso y verdadero, pero el descubrir la verdad en ella es la labor de los grandes hombres.*

*El gran hombre de su tiempo es aquél que expresa la voluntad y el sentido de su tiempo, y lo lleva a su plenitud; actúa de acuerdo con el espíritu interno y la esencia de su tiempo, la cual realiza.*

*G.W.F. Hegel\*\**

♦ Agradezco infinitamente que se me haya elegido para realizar la semblanza de este gran jurista con quien tuve el privilegio de compartir una parte importante de mi vida profesional; ese sempiterno agradecimiento es para la doctora Sara Bialostosky, un verdadero retrato de vida universitaria, quien con su actuar personal, moral y profesional, es un ejemplo a seguir y un faro de conocimiento para generaciones pretéritas, presentes y futuras

\* Investigador honorario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y magistrado de la Cuarta Sala Familiar del Tribunal superior de Justicia de la Ciudad de México.

\*\* HEGEL, G.W.F., "Philosophy of law", en LOEWENGERG, Lucas (ed.), *Hegel selections*, Scribner's Sons, Nueva York, 1929, p. 761.

## INTRODUCCIÓN

Nada resulta, en apariencia, tan fácil para el jurista como hablar de lo que vino antes de él. Desde que comienza nuestra formación profesional, y aún antes de ello, una buena parte de nuestra educación transcurre como un interminable desfile de grandes hombres que vinieron antes de nosotros, personajes, muchas veces, tan enigmáticos y remotos en el tiempo que resulta difícil concebirlos como los hombres (o mujeres) que fueron, de carne y hueso, y no como estoicas efigies de mármol, que guardan celosamente las puertas de la vida eterna hasta el fin de los tiempos.

La tarea, entonces, comienza a tornarse compleja cuando abandonamos ese desfile histórico y debemos hablar (o escribir, en este caso) sobre hombres con quienes compartimos nuestros tiempos, que respiraron nuestro mismo aire y cuya voz escuchamos personalmente, como es el caso del maestro Barrera Graf, con sus virtudes, sus pasiones y sus sensibilidades, y que no por ello son menos merecedores de pasar a la inmortalidad.

Cuando conocí al maestro Barrera Graf, en aquella tumultuosa y caótica década que fue nuestro país de los años sesenta, ya era toda una institución en el derecho mercantil mexicano, reconocido ampliamente por su estilo brillante y metódico para desarrollar y exponer sus ideas, desprovisto de las grandilocuencias y teatralidades que han seducido a más de un académico brillante, enturbiando su exposición con una indumentaria barroca e innecesaria.

Pero el maestro también era reconocido desde otra perspectiva, acaso más inusual todavía: la de su inmaculada rectitud moral. *Rara avis* en el medio profesional, Barrera Graf, el abogado postulante, se encontraba más allá de las mezquinas rencillas que plagan lo mismo el medio académico que el del operador jurídico. Para don Jorge, el ejercicio del Derecho era mucho más que un ensayo de vanidad, el proceso era mu-

cho más que una plataforma para exhibir sus talentos. Con el mismo estilo pulcro, preciso y concreto que sus alumnos y lectores conocían, el maestro ejercía la abogacía con una finalidad clara: la de velar por la supremacía de una agenda moral con la cual se había comprometido desde el momento en que decidió abocar su vida al Derecho. Encontrar un hombre así en nuestros tiempos de anarquía moral y de utilitarismo rampante es sorprendente; que este hombre no sólo sobreviva, sino triunfe y se imponga sin abandonar su rectitud moral, es entrar en el terreno de lo admirable.

Pero, ¿cómo nace —o se hace— un hombre así? Ésta es otra de las cosas en las que estos grandes hombres de carne y hueso difieren de aquellas portentosas estatuas de la Antigüedad, con sus orígenes legendarios y sus destinos prestablecidos. La verdadera historia de los grandes hombres es, a menudo, mucho más ordinaria.

## I. LOS PRIMEROS AÑOS: EL COMIENZO DEL DERROTERO DEL JURISTA

Jorge Barrera Graf nació en Toluca, en el Estado de México, el 10 de febrero de 1918, apenas nueve meses antes de que las armas callaran en Europa. Hijo de Genaro Barrera, abogado neoleonés y Margarita Graf, mexiquense de ascendencia helvética, el maestro Barrera tuvo la fortuna de crecer en una familia acomodada, teniendo a su alcance las comodidades esenciales para permitirle dedicarse a sus estudios y, en su momento, seguir la misma senda que su padre y, posteriormente, su hermano mayor, tras haber concluido de manera satisfactoria su educación media superior en el Instituto Científico Literario del Estado de México, donde otros grandes mexicanos dejaron su impronta: Ignacio Ramírez e Ignacio Manuel Altamirano.

En un principio, esta decisión nos parecería extraña, acaso incompatible, con el espíritu innovador y aventurero con el que hoy en día recor-

damos al maestro Barrera Graf, pues, en retrospectiva, el dedicarse al estudio del Derecho cuando su padre contaba con una práctica jurídica establecida parecería optar por la decisión más “segura”. Quizá sería esta misma consideración la que espoleara al maestro, años después, a no volver a su ciudad natal, optando en cambio por forjarse un destino propio en la capital de la República.

Ya incorporado a la vida universitaria, la influencia más importante —acaso definitiva y definitoria— del maestro Barrera fue la del connotadísimo mercantilista mexicano Alberto Vásquez del Mercado, quien, primero como maestro y después como amigo, puso a disposición del joven Jorge su acervo bibliográfico y, más importante aún, su sabiduría personal.

Otra influencia no menos importante es, indudablemente, la del ilustre Joaquín Rodríguez, parte de aquella generación histórica de juristas españoles que, huyendo de los horrores de la Guerra Civil y el franquismo, llegaron a nuestro país cargados de nuevas posturas epistemológicas. Huelga decir que nuestro derecho jamás sería el mismo después de ellos, y la rama mercantil, desde luego, no es una excepción.

Es quizá este primer contacto con una nueva serie de posturas teóricas —junto con sus estudios de posgrado, de los que hablaremos más adelante— el que habría de plantar las semillas de una de las directrices más importantes de la carrera jurisprudencial del maestro Barrera: su interés por el análisis comparativo como herramienta para el continuo perfeccionamiento del ordenamiento jurídico.

Por supuesto, al igual que todos los grandes juristas, nacionales y extranjeros, el maestro Barrera Graf no se habría convertido en esa influencia monumental que hoy es en nuestro derecho si se hubiese limitado al estudio del Derecho mercantil de manera exclusiva y excluyente. El Derecho, campo de estudio fluido y dinámico, interconectado con todas las ramas del quehacer humano, requiere siempre de un enfoque mul-

tidisciplinario, virtud que tuvo siempre clara este gran abogado. Así, su conocimiento en la rama mercantil, ya consolidado, se vio complementado por estudios de derecho internacional con el maestro Antonio Gómez Robledo y de derecho administrativo, con el célebre Antonio Carrillo Flores (del cual volveremos a hablar más adelante). Aunado a lo anterior, merecen mención especial los estudios que realizó en la materia de Sociología bajo el ala de Antonio Caso, pues fue lo que le brindó al entonces joven Barrera Graf una perspectiva interdisciplinaria, a la postre indispensable para poder emprender la monumental tarea que le aguardaba.

Como era de esperarse, este primer periodo de estudios alcanzó una culminación admirable, pues la defensa de su tesis, titulada *El desampoderamiento en la quiebra*,<sup>1</sup> le valió la mención honorífica. Asimismo, la seriedad del planteamiento y el encomiable rigor investigativo ameritó que fuera publicada con posterioridad como una obra jurídica valiosa por virtud propia.

## II. VIDA PROFESIONAL Y CONSOLIDACIÓN ACADÉMICA

El maestro Barrera Graf se inició, poco después, en la auténtica vida profesional dentro de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, bajo el mando de su antiguo maestro Antonio Carrillo Flores, quien seguramente había guardado una grata impresión de su joven alumno; impresión que, es de suponerse, no hizo sino aumentar durante este breve periodo en el que trabajaron juntos, pues a principios de los años cincuenta el propio Carrillo Flores impulsó al joven Barrera para obtener una beca en la Escuela de Derecho en la Universidad de Michigan.

Inmerso una vez más en la vida académica, Barrera Graf tuvo la oportunidad de satisfacer aquellos embrionarios impulsos investigativos acerca del derecho comparado que, gracias a sus mentores durante

<sup>1</sup> BARRERA GRAF, J., *El desampoderamiento en la quiebra. Análisis de las disposiciones relativas en el Código de Comercio y en el Anteproyecto de la Ley de Quiebras*, Stylo, México, 1943.

la licenciatura, quedaran sembrados en él desde la juventud. Es esta una época definitoria para el gran maestro, pues al tener la oportunidad, primero de aprender y después de colaborar, con juristas de la talla de Ernst Rabel y Hessel E. Yntema, la vocación del maestro Barrera quedó labrada, tanto por las fructíferas conversaciones que sostuviese con el primero, quien entonces trabajaba en su *opera magna*, *Conflicts of Law*, como por la oportunidad que tuvo de dar vuelo a su vocación investigadora en el *Research of Interamerican Law Center*, que el segundo presidía.

Armado ya con una plétora de nuevos conocimientos adquiridos, Barrera Graf volvió, dotado ya de la madurez que brinda la experiencia, a México, en donde se reencontró con quien fuera su amor de juventud, Ana Elena Pliego Argüelles, natural de Toluca igual que él. Aunque, según ella misma lo manifiesta, su relación comenzó formalmente en 1942, interrumpida sólo por los dos años que Barrera Graf residió en Michigan, para finalmente contraer matrimonio en 1947, mismo que habría de sostenerse con solidez hasta su muerte, y del que fueron producto ocho hijos, a los cuales, como es de esperarse, Barrera Graf inculcó su rectitud moral, su ética de trabajo y su profesionalismo, aunque, como lo manifestara su hija, “siempre [fueron] libre[s] para decidir las cosas; él [su padre] era como un ejemplo, una guía para hacer las cosas bien, pero siempre con libertad de hacer las cosas como a ti se te fueran presentando, [de acuerdo con] tus gustos o lo que a ti se te fuera presentando en el camino”.<sup>2</sup>

Una vez más sería el doctor Carrillo Flores, que jamás pareció perder la pista a nuestro homenajeado, quien lo introdujera en el mundo del litigio, concretamente en el afamado despacho “Hardin y Hess”, en donde, a pesar de su breve estadía, Barrera Graf se introduciría por primera

2 LARA SÁENZ, L. et al., *Memoria del homenaje al maestro Jorge Barrera Graf, primer defensor de los derechos universitarios de la UNAM con motivo del XXV aniversario de su establecimiento*, UNAM, México, DF, 2012, en el material digital incluido con la obra.

vez en el ejercicio de la abogacía. La brevedad sólo se debió a que, una vez más, el servicio público llamó al ya entonces notable jurista, esta vez como secretario de Eduardo Bustamante, quien por ese entonces ocupaba la Subsecretaría de Hacienda.

Si bien Barrera Graf demostró siempre un espíritu crítico y discreto y un profesionalismo intachable, su estancia en este nuevo cargo público fue más bien corta, pues la estricta práctica procedimental de la administración pública demostró ser campo insuficiente para la inagotable creatividad del joven profesionista.

Es por ello que retomó el ejercicio como abogado postulante, integrándose a la asociación profesional “Hidalgo, Barrera y Siqueiros”, junto con José Luis Siqueiros y Eduardo Hidalgo; este último, tiempo después, abandonara la práctica forense para ocupar el cargo de Secretario de Marina de los Estados Unidos de América, durante la presidencia de James Carter. De esta fructífera etapa de Barrera Graf, el litigante, conservamos algunos extractos de sus actuaciones, en donde queda ya patente la fineza argumentativa, manifiesta en el estilo claro y sobrio del gran jurista.<sup>3</sup>

Paralelo al ejercicio de la profesión, don Jorge, académico de vocación, no pudo evitar el sentirse nuevamente atraído por el medio universitario, esta vez del lado de la docencia, comenzando en 1943, como auxiliar de la cátedra de Joaquín Rodríguez, aquél brillante ibérico que, como hemos señalado, brindara a Barrera Graf un primer atisbo del mundo del Derecho más allá de los confines nacionales.

El joven Barrera se desempeñó notablemente como auxiliar hasta que, en 1949, falleciera su gran maestro y amigo. “Así pues, la vida —señala Yolanda Frías— al quitarle a su respetado maestro,

3 Una interesante muestra del particular estilo del maestro puede encontrarse en RODRÍGUEZ SALA, J. J., *El contrato de seguro en el derecho mexicano*, B. Costa-Amic, México, 1976, pp. 240-280, en donde se transcriben varias promociones redactadas por el maestro dentro de un juicio ordinario mercantil.

confirmó a Jorge Barrera Graf como profesor universitario y lo convirtió, poco tiempo después, en director del Seminario de Derecho Mercantil”.<sup>4</sup>

Fue esta vocación, la de la docencia, la que con más fuerza habría de marcar el legado de Barrera Graf, inspirada, como él mismo habría de admitir, “por las brillantes exposiciones de Antonio Caso, ‘orador como ninguno’; o las de Eduardo García Máynez, ‘el más grande jurista mexicano’; o las de Antonio Díaz Soto y Gama, ‘llenas de ideología revolucionaria’, o las de Antonio Gómez Robledo, ‘apasionado de la libertad y áspero cuestionador del fascismo’”.<sup>5</sup>

Entre sus discípulos más sobresalientes se encuentran el prestigiado mercantilista José María Abascal, el audaz abogado Efrén Cervantes Altamirano, Rafael de Pina, referente nacional en materia civil, y Fernando Vázquez Arminio, jurista de gran valía para nuestro derecho.

Quizá la mejor forma de expresar la profunda impresión que el maestro Barrera imprimiera en sus alumnos puede encontrarse en las palabras de su discípula Yolanda Frías, quien señala:

Sus alumnos, de antes y de hoy, coinciden al describir la cátedra del maestro, caracterizándola por su sentido ético y de estilo mesurado, sin grandes demostraciones de oratoria, pero de exposición cuidadosa y ordenada, en la que resalta su lenguaje preciso; en ella es frecuente la sugerencia de textos y la orientación para quien pretende profundizar sobre algún punto oscuro, así como la buena disposición para dar respuesta a las dudas de sus estudiantes, para quienes siempre tiene tiempo, llegando incluso a permitirles el acceso a su biblioteca cuando el desarrollo de algún tema lo amerita.<sup>6</sup>

4 FRÍAS, Yolanda, “Semblanza”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, *Homenaje a Jorge Barrera Graf*, t. I, UNAM, México, DF, 1989, p. 5.

5 *Idem.*

6 *Idem.*

El propio Leonel Pereznieto Castro, hoy en día uno de los principales referentes en materia de Derecho Internacional Privado y Derecho Comparado en nuestro país, señala que fueron los *Estudios de derecho mercantil* del maestro los que, “por el método empleado y especialmente a causa de la riqueza que Barrera Graf logra ofrecer a lo largo de su obra, [comprendió] que el derecho mexicano era tan sólo una estrella en el firmamento y que era necesario prepararse para lanzarse más allá de las estrecheces conceptuales del derecho local”.<sup>7</sup>

En este sentido, yo mismo me considero alumno suyo, a pesar de jamás haber tenido el privilegio de escucharlo en el aula, me brindó la experiencia de aprender de un jurista maduro, honesto e íntegro, no dispuesto a ser seducido por la adulación o el elogio.

Con fina ironía hacía ver los errores, aunque sin ofender. Escritor acucioso, amante del buen decir, nunca conforme con la improvisación, sus observaciones permitían ser más concreto, exponer con mayor precisión los argumentos y someter a su análisis agudo de los proyectos. De esta forma pude aprender a valorar el esfuerzo que significa querer transmitir con claridad las ideas.

### III. OBRA Y PENSAMIENTO DE BARRERA GRAF

Por lo que hace a su labor como investigador, iniciada en realidad mucho antes de incorporarse al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad, es una de las más extensas y valiosas en nuestro país. Con más de una veintena de libros y más de medio centenar de sobretiros, el maestro habría de cambiar el panorama del Derecho mercantil mexicano para siempre.

Aunque resultaría imposible analizar minuciosamente cada una de sus obras —y considero una descortesía para el lector privarlo del pla-

<sup>7</sup> PEREZNIETO CASTRO, L., “Algunos apuntes en torno de la obra de Jorge Barrera Graf”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, *Homenaje a Jorge Barrera Graf*, t. I, UNAM, México, DF, 1989, p. 1175.

cer de consultar directamente esta vasta bibliografía—, no puedo menos que hacer referencia a algunas de las más trascendentales, siendo la primera de ellas el artículo titulado “Las acciones sin valor nominal”,<sup>8</sup> en donde, por medio de una brillante exposición que distingue el capital accionario de las corporaciones del patrimonio de las mismas, enseña la influencia negativa que esta institución, importada del derecho corporativo estadounidense, habría de infundir en nuestro orden jurídico.

En su libro *La representación de las sociedades*,<sup>9</sup> el maestro explicita con precisión y rigor académico la diferencia entre el *manager* angloamericano y el director o administrador en nuestro derecho corporativo, lo que implicó una necesaria reestructuración del marco conceptual que, dentro del ámbito corporativo, envolvía a la representación jurídica, importantísima institución que tantas mutaciones ha sufrido con el paso de los años.

Por otra parte, en la *Formación y constitución de la sociedad anónima*,<sup>10</sup> obra de referencia obligatoria respecto del nacimiento a la vida jurídica de las personas morales en nuestro derecho, el maestro realiza una aguda crítica a la legislación entonces vigente que requería de un permiso para la constitución de sociedades civiles o comerciales, aun cuando no hubiera en ellas capital extranjero, en términos de la legislación sobre inversión extranjera vigente en aquel entonces. Una vez más, destaca el enfoque comparativista empleado por el autor para exponer la finalidad y limitaciones de las figuras comentadas.

Sobre el ya citado volumen de *Estudios de derecho mercantil*,<sup>11</sup> nos remitimos nuevamente a las palabras del doctor Pereznieto para señalar que

8 BARRERA GRAF, J., “Las acciones sin valor nominal”, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año III, núm. 8, mayo-agosto de 1950, pp. 3 y ss.

9 BARRERA GRAF, J., *La representación de sociedades*, México, Librería de Manuel Porrúa, 1964.

10 BARRERA GRAF, J., “Formación y constitución de la sociedad anónima”, en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, año I, núm. 3, septiembre-diciembre de 1986, pp. 861 y ss.

11 BARRERA GRAF, J., *Estudios de derecho mercantil; derecho bancario, derecho industrial*, México, Porrúa, 1978.

una buena parte de los temas resultaron de una novedad tal que durante muchos años no fueron sino mencionados brevemente por la doctrina mexicana, “[...] [refiriéndose] exhaustivamente a temas que serían vitales para el derecho mexicano del futuro, como cuando nuestro país debió cambiar su modelo económico para convertirse en exportador”.<sup>12</sup>

Notable es también la exposición de Barrera en el Segundo Encuentro Internacional de Derecho Bursátil, celebrado en 1983, con la ponencia nominada “Los títulos de crédito y los títulos-valor en el derecho mexicano”,<sup>13</sup> en donde en forma sistemática distingue los elementos de cada uno de los títulos, con un enfoque comparativo y una metodología refinada, lo que la colocó como una obra de influencia insoslayable en el área.

Sin demeritar en lo absoluto el resto de su vastísima labor, su contribución más duradera —la joya de la corona, diríamos— es su invaluable contribución como miembro de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL, por sus siglas en inglés), que presidió de 1970 a 1977, y de cuyo seno habría de surgir su más grande aportación en el plano internacional: la *Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Venta Internacional de Mercancías*, adoptada en Viena en 1980, proyecto gestado ya desde 1964, con la Ley Uniforme de La Haya sobre la Venta Internacional de Mercancías, y cuya versión final, si bien es obra de un vasto equipo de juristas sobresalientes, sería difícil de concebir sin el liderazgo de nuestro maestro.

En palabras de la ilustre jurista serbocroata, Jelena Vilus, profesora de Derecho en Belgrado, “[s]ólo el conocimiento excepcional del derecho mercantil propio y comparado, aunado a una alta erudición, integridad moral inviolable y enorme paciencia del profesor Barrera Graf hicieron posible concluir la labor exitosamente dentro de un periodo de

12 PEREZNIETO CASTRO, L., *op. cit.*, p. 1175.

13 BARRERA GRAF, J., *Los títulos de crédito y los títulos valor en derecho mexicano*, Academia Mexicana de Derecho Bursátil, México, 1943.

diez años, lo cual no es un periodo muy largo para textos de este tipo e importancia".<sup>14</sup>

Concebida como una suerte de compromiso entre los sistemas de fundamentación neorrománica y los del *common law* —tarea monumental sólo concebible bajo la dirección de comparativistas serios y experimentados como Barrera Graf—, la Convención, como toda obra de semejante envergadura, dio lugar a una pléyade de estudios y comentarios, entre los que, como es natural, destaca el publicado por el maestro en 1987.

Es de resaltar que, de la diversidad de estudios y comentarios surgidos a tal Convención, todos coincidieron en que la experiencia y creatividad del mexicano resultó fundamental para que el proyecto pudiese navegar, esquivando “los peligrosos bancos de arena que de momento a momento amenazaban con poner en riesgo la totalidad del proyecto”.<sup>15</sup>

Este solo tema (la aportación de Barrera Graf a la citada Convención) sería suficiente para servir de base a un artículo entero, pero confiamos en que el siguiente resumen, proporcionado por Pereznieto Castro, sirva para ilustrar su relevancia:

El autor se afilia al criterio de aplicación restrictiva de la Convención en lo que toca a la internacionalidad del contrato según los supuestos establecidos por el proyecto: que las partes tengan su establecimiento en Estados diferentes y que éstos sean parte de la Convención. Criterio que por otra parte es evidente cuando plantea el supuesto conforme al cual “...el contrato de venta estipulará la aplicación de la ley de un tercer Estado que no fuera contratante, en el cual, además, las reglas del derecho internacional privado no conduzcan a la aplicación de la ley de un Estado contratante”. Sin embargo en dos convenciones aprobadas, una en el mismo año de 1980 fue aprobada la de Naciones Unidas y otra, cinco años después,

14 VILUS, J., “Common Law Institutions in the United Nations Sales Convention”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, *Homenaje a Jorge Barrera Graf*, t. II, UNAM, México, DF, pp. 1431-1432.

15 *Idem*.

el criterio de aplicación restrictiva respecto del factor de conexión internacional desaparece. En efecto, en la Convención sobre ley aplicable en materia de obligaciones contractuales la Comunidad Económica Europea establece expresamente que “la ley designada por la presente convención se aplica incluso si dicha ley es de un Estado que no sea parte” (artículo 2°), y por lo que se refiere a las partes, en esta Convención se opta por un criterio de absoluta libertad contractual de las partes para escoger su ley aplicable (artículo 3°). En la Convención sobre ley aplicable a los contratos internacionales de mercaderías de La Haya de mérito, se estableció el criterio de que las partes tuvieran su establecimiento en Estados diferentes en el momento de celebración del contrato (artículo 1° inciso a), pero no hace mención de que esos Estados deban ser Estados contratantes e incluso, previene que la Convención pueda ser aplicable cuando las partes se encuentren en un mismo Estado siempre y cuando satisfagan las condiciones de fondo establecidas en la propia Convención o por la ley del Estado en que dicho contrato se haya concluido (artículo 11).<sup>16</sup>

Otra aportación digna de mención por parte de Barrera Graf es, sin duda, su obra sobre *La regulación de las inversiones extranjeras en México*,<sup>17</sup> tema siempre delicado y ríspido que ha sido fuente de más de un intenso debate dentro de nuestra Academia.

En esta obra, el autor analiza el marco normativo de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, entonces de reciente creación, criticando la atribución de facultades efectuada por la mencionada Comisión, como resultado de un exceso interpretativo, desvirtuando el carácter administrativo de sus resoluciones y colocándose en el plano de la inconstitucionalidad.

Otro de los puntos ocasionalmente soslayados de la vida de nuestro maestro es la labor que desarrolló, desde finales de la década de los

16 PEREZNIETO CASTRO, L., *op. cit.*, pp. 1178-1179.

17 BARRERA GRAF, J. y GÓMEZ PALACIO, I., *La regulación de las inversiones extranjeras en México*, México, Porrúa, 1985.

setenta, como asesor legal de la revista *Proceso*, producto de su amistad con su fundador, Julio Scherer García, con quien compartía una visión crítica sobre el sistema político de nuestro país.

#### IV. LA VIDA UNIVERSITARIA COMO RETIRO

Con este amplio y nada modesto bagaje a cuestas es que el gran maestro se retira finalmente de la práctica forense en el año de 1978, al cumplir la edad de 60 años. En lo que parecería una suerte de “retiro digno”, una última parada en ese oasis sereno y feliz que para muchos grandes juristas es la dedicación plena a la academia, tras años de ardua labor en otros campos, fue, en cambio, acaso la etapa más importante para el maestro Barrera Graf o, por lo menos, por la que más agradecimiento le debe nuestra alma máter.

Si, en efecto “la Universidad –como lo dijera Guillermo López Romero al momento de la develación de la placa con el nombre del maestro Barrera Graf, impuesta a una de las aulas de nuestra escuela como homenaje al legado de este impresionante jurista– al honrar a sus hijos se honra a sí misma”,<sup>18</sup> una muy buena parte de este honor se debe a los últimos años que don Jorge dedicara a la Universidad. Si como litigante sirvió, con audacia y entereza, a los intereses de la justicia y a la protección de los derechos de los desvalidos, si como delegado sirvió, con su experiencia y creatividad, a toda la comunidad internacional, fue como investigador y maestro que sirvió, con la conjunción de todos estos valores, a nosotros, a la comunidad universitaria y, por extensión, a todo el país.

Aunque, como he señalado, mi amistad con el maestro data desde los años sesenta, fue en la década de los ochenta en que tuve el singular honor de servir, a su cargo, a la comunidad universitaria, defendiendo los derechos académicos de maestros y alumnos. Privilegio el cual com-

<sup>18</sup> Cfr. GALARZA, G., *En la Facultad de Derecho, Aula, “Jorge Barrera Graf”*, discurso pronunciado el 13 de enero de 1992 en Ciudad Universitaria.

partí con la doctora Yolanda Frías, extraordinaria jurista y digna continuadora del legado de nuestro maestro, cuando éste fue nombrado, en un hito histórico, Defensor de los Derechos Universitarios, cargo creado en 1985 bajo la brillante dirección del doctor Jorge Carpizo MacGregor, entonces rector de la Universidad Nacional.

Nosotros opinábamos y él escuchaba; jamás impuso su criterio sin antes convencernos, asumiendo la responsabilidad de manera personal, pero compartiendo los aciertos con satisfacción. Caballero por igual con extraños, amigos y adversarios, partiendo de la buena fe y el deseo de hacer respetar el orden jurídico en la UNAM, jamás se expresó con desprecio de nadie, emitiendo sus resoluciones con entereza y siempre con apego a los principios jurídicos que se comprometió a defender.

Enumerar la variedad de resoluciones emitidas durante su gestión como Defensor sería imposible para la extensión del presente artículo, pero sin duda el lector nos permitirá hacer algunas menciones especiales, como aquella recomendación de octubre de 1985 en contra del Consejo Técnico de la Facultad de Ciencias,<sup>19</sup> en concreto respecto a sus procedimientos para la elección de sus integrantes.

La controversia versó sobre la práctica, por demás contraria a la legislación universitaria y al espíritu democrático que debe caracterizar a los procesos de selección de estos órganos fundamentales para el adecuado funcionamiento de la vida universitaria, de realizar, mediante la fusión indebida de los procesos de selección de los Consejos Departamentales y del Consejo Técnico, un auténtico proceso de pre-selección de candidatos, viciando de origen el procedimiento democrático comprendido por el artículo 2° del Reglamento Interno de la Facultad de Ciencias, así como la práctica universitaria reconocida de realizar la elección mediante el establecimiento de urnas en las que los profesores que cuenten

19 Recomendación emitida el 14 de octubre de 1985 por la Defensoría de los Derechos Universitarios, en el expediente número 3/PA/8.85, *Santibáñez Romellón y Nieva Gochicoa vs. Facultad de Ciencias*.

con la calidad de electores puedan ejercer de manera personal, libre y secreta, su derecho al voto.

Otra resolución, fechada en septiembre de 1985,<sup>20</sup> resulta acaso más importante por la envergadura y el carácter fundamental de los derechos conculcados en contra del quejoso, en concreto, un profesor de la Facultad de Química, destituido de un cargo de coordinación sin otra expresión de motivos que el ejercicio de sus derechos de libertad de crítica y, en consecuencia, de la posibilidad de intercambio de ideas. Se trata, pues, de una cuestión de libertad de expresión, elemento fundamental e indispensable para la actualización del principio de libertad de cátedra, mismo que forma parte del núcleo irreductible que debe en todo momento regir una auténtica vida universitaria.

No conforme con ello, el maestro Barrera Graf, primer *ombudsman* universitario, incitó constantemente al Consejo Universitario para que le brindara más poder jurídico a la Defensoría, al menos ampliara sus facultades lo suficiente como para dar fin al exceso de prácticas viciosas que atormentaban a la universidad. Desafortunadamente, al llegar a su fin la gestión del doctor Carpizo y ocupar su lugar José Sarukhán, la Defensoría fue perdiendo el apoyo y estímulo del que había gozado originalmente, obligando a Barrera Graf a presentar su renuncia, en buena medida por la actitud del nuevo rector y su Junta de Gobierno al evadir la separación del entonces director de la Facultad de Derecho.

No obstante, este tropiezo no menguó la vocación del maestro por proteger a los indefensos, como lo demuestra el estudio elaborado, en conjunto con Samuel I. del Villar, sobre la Comisión Nacional de Derechos Humanos, criticando duramente su carácter de subordinación ante el Ejecutivo Federal. Hoy en día, a más de veinte años de esto, muchas de las quejas del maestro se siguen repitiendo.

<sup>20</sup> Recomendación emitida el 17 de septiembre de 1985 por la Defensoría de los Derechos Universitarios, oficio número 1.2/25/85.

Mencionamos ya, en párrafos anteriores, que la incorporación de don Jorge en 1978 marcó esta tercera etapa de su vida: la de investigador. No obstante, dicha aseveración no es del todo exacta. La realidad es que el maestro fue un auténtico investigador aún desde sus tiempos de estudiante. La publicación de sus obras más importantes es un trabajo de toda la vida, y todas ellas implican, necesariamente, una auténtica labor de investigación, en el sentido más puro de la palabra. En este sentido, el reconocimiento recibido en 1985 como investigador emérito es mucho más que un reconocimiento a los siete años que en ese entonces había fungido como miembro del Instituto: es el homenaje al legado de toda una vida dedicada al estudio y al enriquecimiento de nuestro Derecho.

Para cualquier jurista, y en particular para los egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, recibir el nombramiento de investigador emérito no es poca cosa. Es el reconocimiento a una labor ardua, en ocasiones aparentemente ingrata, y siempre interminable. Es el cúmulo de un trabajo iniciado muchas veces, como hemos dicho, mucho antes de pasar a formar parte del Instituto. Este honor fue finalmente conferido al maestro Barrera en 1985, tan sólo siete años después de dedicarse a la investigación de tiempo completo, a propuesta de aquel gran jurista que fue Jorge Carpizo, cuyo apoyo, como veremos, resultó más que fundamental para que el talento de Barrera pudiera traducirse en un legado concreto y palpable.

El maestro Barrera vivía a principios de los años ochenta en una casa muy lujosa en el Pedregal, pero optó por trasladarse a la Avenida Toluca, en donde construyó ocho o diez casitas para sus hijos porque quería vivir en familia, además de parecerle muy ostentosa la casa que tenía, de modo que decidió cambiarse a otra parte de la ciudad, conservando su impresionante biblioteca.

En una de las tardes que tuvimos libres, platicando en su casa, recuerdo haber charlado con él, porque tenía hijos abogados y nietos que tal vez algún día lo fueran, y le pregunté qué haría con sus libros, a lo que me respondió que no eran suyos, sino del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Pensaba donar toda su biblioteca al Instituto. “Para ti, seguramente –me decía–, estos libros son muy especializados en la materia mercantil, muchos autores italianos, franceses, españoles, norteamericanos y latinoamericanos; para mis hijos serían una carga el cuidarlos y pagar las suscripciones de las revistas [...] Creo que un lugar adecuado es donde se pueda compartir este conocimiento con los estudiosos del Derecho, y ese lugar es el Instituto”.

Y así lo hizo en efecto. El 9 de diciembre de 1991, en medio de una gran ceremonia, el ilustre maestro donó más de seis mil volúmenes al Instituto de Investigaciones Jurídicas. No sólo había libros, sino revistas, sobretiros, folletos, copias documentales, en fin, un verdadero tesoro para el erudito del Derecho. Durante la ceremonia, presidida por el rector de la Universidad, José Sarukhán, Rosa María Álvarez, Secretaria Académica del Instituto, pronunció las siguientes palabras, que, en nuestra opinión, resumen perfectamente el espíritu del gran maestro:<sup>21</sup>

Nadie como él ha conjuntado en su más alta expresión las cualidades de maestro, formador de tantas y tantas generaciones de alumnos de Derecho, de abogado consultor y litigante de las mejores causas, y de investigador del más alto nivel; nadie como él representa lo que es un verdadero jurista.

Palabras que hacen eco del discurso expresado en 1990 por el entonces vicepresidente de la Barra Mexicana del Colegio de Abogados,

21 Cfr. ROBLES, M., *La UNAM tributa honores al maestro Barrera Graf, que donó su biblioteca de investigaciones jurídicas*, discurso pronunciado el 16 de diciembre de 1991 en Ciudad Universitaria.

Raúl Medina Mora, al entregarle el Premio Nacional de Jurisprudencia, y que a continuación transcribimos:

Cuando hace tres años la Barra Mexicana instituyó el Premio Nacional de Jurisprudencia, dispuso que se otorgara anualmente a una sola persona, que se hubiese distinguido por sus servicios en cualquiera de las profesiones jurídicas o en cualquiera de los ámbitos de la creación, aplicación, ejercicio, investigación, enseñanza y divulgación del derecho y de la ciencia de la jurisprudencia. Todas las condiciones se cumplen en el premio otorgado este año al jurista y maestro don Jorge Barrera Graf.<sup>22</sup>

Ante ello, nuestro maestro, con la humildad de espíritu que siempre le caracterizó, respondió:<sup>23</sup>

Lo que ahora y en mi persona se premia por este Ilustre Colegio —el más alto y connotado en nuestra patria— no son logros profesionales o académicos, ni siquiera virtudes o calidades de relieve; es sencillamente el haber persistido en las labores jurídicas de estudioso del derecho, primero como practicante y después como profesor e investigador y por tiempo breve como representante mexicano ante organismos jurídicos internacionales; es pues, el haber mantenido una vocación hacia la ciencia del derecho por más de cincuenta años si se consideran los de preparación universitaria en la Facultad de Derecho y quizás, el haberla mantenido además, sin ataduras ni dependencia a grupos religiosos, culturales, económicos y políticos, ya sea del Estado Federal o de grupos o partidos políticos, e inclusive de asociaciones profesionales así sean de la óptima calidad de ésta en la que ahora discurrimos. El derecho —dice Hernández Gill— “carece de sentido sin un presupuesto de libertad” la cual, añadido, permite la crítica y el juicio imparcial aun cuando éste resulte despreciado a la postre por el poder público.

22 *Idem.*

23 BARRERA GRAF, J., Discurso pronunciado en 1990 con motivo de la entrega del Premio Nacional de Jurisprudencia de la Barra Mexicana del Colegio de Abogados.

Consideramos que nada resume mejor el verdadero espíritu de tan insigne jurista como las palabras anteriores. Además, para quien pueda leer entre líneas, no pasará desapercibida esa crítica dura, contundente, apenas velada, en contra de un sistema que, ya en ese entonces, Barrera consideraba esencialmente corrompido.

Fue esta inquietud —que muchos, desconocedores de la auténtica pasión justiciera del maestro Barrera, achacan de manera indebida e irrespetuosa a un arrebato de senectud— la que habría de marcar sus últimos años, acaso los más polémicos pero, en cierta forma, de los más auténticos y fructíferos.

No hay que pasar por inadvertido, que si bien el jurista Barrera Graf había ocupado cargos oficiales, ya en la administración pública, ya como integrante del cuerpo diplomático, lo había hecho no como abanderado de tal o cual corriente política que predominaba en el país, sino con una conciencia férrea de servir a sus semejantes y a su nación.

Fue por ello que cuando en 1985, alentado por su amigo Heberto Castillo —al cual había conocido en Florencia y junto con quien disfrutó del colorido de los carteles de la campaña de los comunistas italianos, teniendo la oportunidad de escuchar los discursos en un mitin—,<sup>24</sup> se decidió finalmente a afiliarse al entonces Partido Mexicano de los Trabajadores, entonces una de las pocas alternativas de auténtica orientación izquierdista en nuestro país, siendo candidato a diputado federal en la elección de ese año. El resultado del movimiento es de sobra conocido para quien entiende un poco de nuestra historia; su amargo fracaso aún pesa sobre nuestro legado histórico, sobre todo en atención a las circunstancias que lo rodearon.

Pero don Jorge para ese entonces gozaba, ya desde hace tiempo, del título de verdadero *sabio*, en el sentido que sólo se lo atribuimos a los grandes hombres, punto de confluencia del talento y la virtud, que com-

<sup>24</sup> Cfr. CASTILLO, H., *Don Jorge, don Sergio*, discurso pronunciado el 17 de febrero de 1992 en Ciudad Universitaria.

prenden, al igual que Sócrates, acaso el primer gran sabio de Occidente, que “una vida no examinada no merece ser vivida”.<sup>25</sup> Vilipendiado por quienes veían este arrebató, súbito sólo en apariencia, de fervor político, como una traición a una vida “dedicada a preservar las instituciones”, el gran maestro no se inmutó, optando por pasar sus últimos años como había pasado todos los demás: bajo sus propios términos.

El maestro continuó acumulando distinciones durante toda su vida, y aún después de la muerte, pues la Universidad de Padua le otorgaría, a mediados de 1992, el título de *Doctor Honoris Causa*; Barrera había muerto en febrero del mismo año.

## V. REFLEXIONES FINALES A MANERA DE EPITAFIO

La muerte le esperaba desde hacía algunos años. Antes de partir, no quería mortificar a sus seres queridos con esa idea, pero entendía que ésta tiende a convertirse en una realidad espiritual, la cual no es sino una etapa de un momento físico. Creía que, cuando llegara, no sería motivo de miedo, ni una esclavitud bajo el poder de los elementos, sino que se iba recibiendo durante toda la vida, en pequeñas dosis. Como cristiano le parecía deseable unirse con Cristo, sin por ello dejar de estar obligado a servir a los demás mientras tuviera vida. A diferencia de muchos de nosotros, que vemos con horror la muerte, nos recordaba el maestro que desde el primer momento estamos condenados a ella.

Jorge Barrera Graf nos permite reflexionar nuevamente sobre su vida ejemplar, consagrada al estudio, a la investigación, a la docencia y al servicio hacia los demás, y también nos ayuda a meditar sobre el máximo enigma de la vida que es la muerte. Creo que la actitud cristiana que sostenía el maestro respecto de la vida y de la muerte es la correcta, pues el hombre ha sido creado por Dios para un destino feliz más allá de las fronteras de la mísera terrestre, y podemos ver en su enseñanza

25 Cfr. PLATÓN, *Apología*.

legada que la muerte corporal no es lo que importa, sino lo que se deja a la familia y a los amigos en ejemplo y en obra. Nacidos para morir, se muere por resucitar.

Cerramos este ciclo donde lo iniciamos, en aquel pabellón que conduce a los jardines de la eternidad, orgullosos de poder develar una nueva efigie: la de este ilustre mexicano. Entendemos que, con el tiempo, todos quienes conocimos al ilustre maestro pasaremos a unírnosle en la eternidad de la muerte. Si tenemos suerte, habrá quienes registren nuestro legado al igual que hoy lo hacemos con quienes ya nos han dejado, y con el tiempo, cuando todos quienes nos conocieron hayan abandonado esta tierra, quizá nos volvamos tan enigmáticos para la posteridad como aquellas estatuas de la antigüedad.

Pero quizás nuestro nombre pase sencillamente a ser un recuerdo anónimo en el cajón de la humanidad, quizá nuestra vida, como tantas otras, sea olvidada por quienes no creen que merezca ser recordada. Jamás lo sabremos, y es ésta la ironía de trascender. Empero, sea cual sea nuestro destino, nada nos privará del privilegio, gozado por algunos años, de pisar la misma tierra que los grandes hombres y mujeres con quienes compartimos nuestro tiempo, personas de carne y hueso, cuyos miedos y debilidades sólo engrandecen la valía de su esfuerzo por imponerse a ellos. Pocos juristas en nuestro país y en el mundo merecen este apelativo tanto como Jorge Barrera Graf, cuyo legado sobrevive y sobrevivirá al inexorable pasar de los años.

## BIBLIOGRAFÍA

BARRERA GRAF, Jorge, Discurso pronunciado en 1990 con motivo de la entrega del premio Nacional de Jurisprudencia de la Barra Mexicana del Colegio de Abogados.

CASTILLO, Heberto, *Don Jorge, don Sergio*, discurso pronunciado el 17 de febrero de 1992 en Ciudad Universitaria.

FRÍAS, Yolanda, "Semblanza", en Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, *Homenaje a Jorge Barrera Graf*, t. I, UNAM, México, DF, 1989.

GALARZA, Gerardo, *En la Facultad de Derecho, Aula, "Jorge Barrera Graf"*, discurso pronunciado el 13 de enero de 1992 en Ciudad Universitaria.

GUADARRAMA LÓPEZ, Enrique, "Jorge Barrera Graf, el primer *Ombudsman* universitario", en LARA SÁENZ, Leoncio *et al.*, *Memoria del homenaje al maestro Jorge Barrera Graf, primer defensor de los derechos universitarios de la UNAM con motivo del XXV aniversario de su establecimiento*, UNAM, México, DF, 2012.

HEGEL, G.W.F., "Philosophy of law", en LOEWENGERG, L. (Ed.), *Hegel Selections*, Scribner's Sons, New York, 1929.

LEÓN TOVAR, Soyla H., "Jorge Barrera Graf, el investigador" en LARA SÁENZ, Leoncio *et al.*, *Memoria del homenaje al maestro Jorge Barrera Graf, primer defensor de los derechos universitarios de la UNAM con motivo del XXV aniversario de su establecimiento*, UNAM, México, DF, 2012.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel, “Algunos apuntes en torno de la obra de Jorge Barrera Graf”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, *Homenaje a Jorge Barrera Graf*, t. I, UNAM, México, DF, 1989.

ROBLES, Manuel, “La UNAM tributa honores al maestro Barrera Graf, que donó su biblioteca de investigaciones jurídicas”, Discurso pronunciado el 16 de diciembre de 1991 en Ciudad Universitaria.

RODRÍGUEZ SALA, J. Jesús, *El contrato de seguro en el derecho mexicano*, México, DF, B. Costa-Amic Editor, t. I, 1976.

VILUS, Jelena, “Common Law Institutions in the United Nations Sales Convention”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, *Homenaje a Jorge Barrera Graf*, t. II, UNAM, México, DF, 1989.

# DELEGACIONES FINLANDEAS

## VISITA A MÉXICO 11-03-2015 A 20-03-2015

### PRESENTACIONES DEL PRESIDENTE EMÉRITO DE LA SUPREMA CORTE ADMINISTRATIVA DE FINLANDIA

*Pekka Hallberg\**

**Sumario:** *Introducción. I. Desarrollo del Estado de Derecho-Perspectiva mundial. II. Estado de Derecho: observaciones comparativas y constitucionales. III. Justicia administrativa-La piedra angular del funcionamiento del Estado de Derecho. IV. Definiendo corrupción y transparencia. V. Cómo monitorear el desarrollo del estado de derecho? VI. Libertad de expresión e información. Bibliografía.*

#### INTRODUCCIÓN

Es un gran placer para mí poder visitar México, el histórico país legendario. Hay también algunas raíces históricas en la relación entre México y Finlandia: las guerras civiles y de independencia de ambos

\* LL.D. y D. Sc de SOC. Es Presidente emérito de la Suprema Corte Administrativa de Finlandia (1993-2012). Llevó a cabo tareas de redacción de la Ley del Ministerio de Justicia; trabajó como investigador y juez, además fue profesor de derecho administrativo. Ha dirigido la realización de reformas constitucionales, así como otros extensos proyectos legislativos. Es autor de numerosas obras en el campo del derecho constitucional, recursos legales, legislación municipal y ley del medio ambiente y también ha publicado escritos sobre otros temas de interés para la sociedad. Sus libros han sido publicados en muchos idiomas. Traducción a cargo de la licenciada Ana María Martínez Jiménez y de Bernadette Betsaida Aguayo Mejía.

países, así como la primera Constitución que tuvo lugar casi simultáneamente. México ganó la independencia, por primera vez en 1810, como el periodo de terminación de la autonomía estaba apenas empezando, librando su propia guerra en 1917 y obtuvo su propia Constitución justo antes de la Constitución finlandesa, en 1919. En la historia, México pierde Texas ante Estados Unidos; podemos también encontrar afinidad simbólica acerca de vivir junto a un poderoso vecino.

La primera etapa de las relaciones oficiales entre Finlandia y México fue el reconocimiento de Finlandia por el gobierno mexicano en 1920, tres años después de la declaración de independencia finlandesa. Un acuerdo amistoso fue firmado por ambos países en 1936 y las relaciones diplomáticas se formalizaron en 1949.

Junto a las relaciones culturales y económicas de nuestros países también el comienzo de cooperación judicial ha tenido un significado especial. La primera conferencia judicial fue sostenida en Helsinki, del 13 al 15 de septiembre de 2011 con el tema “El Estado de Derecho en Finlandia y México: intercambio de ideas sobre impartir justicia y defender la democracia”.

En la primera conferencia el Sr. Alfredo González Hernández, presidente de la Asociación Finlandesa-Mexicana, habló de que México está haciendo grandes esfuerzos para impartir justicia. El crimen organizado y la transición a la democracia parece ser la preocupación del país. Pero no podemos olvidar que México ha vencido exitosamente muchos periodos difíciles y tiene una larga tradición en fomentar la justicia.

La Constitución mexicana, promulgada en 1917, ha sido un modelo para el constitucionalismo universal. Fue la primera constitución en la historia que incluyó importantes derechos sociales dos años antes que la Constitución de Weimar y de la Constitución finlandesa de 1919. Esas importantes cuestiones constitucionales son todavía temas oportunos.

Es un gran placer para mí ser parte del inicio de esta interacción judicial; participar por segunda ocasión en un seminario y de esta manera continuar el fortalecimiento de nuestra cooperación judicial. Para este propósito he reunido presentaciones de diferentes temas en este cuadernillo.

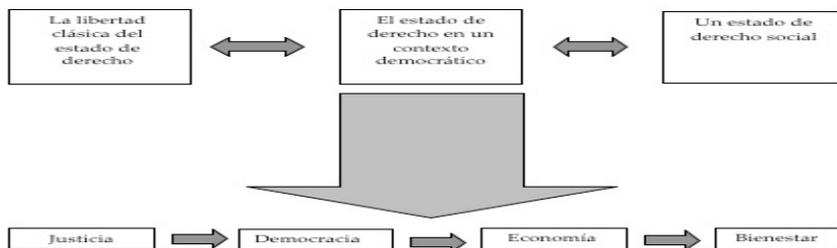
## I

### DESARROLLO DEL ESTADO DE DERECHO-PERSPECTIVA MUNDIAL<sup>1</sup>

#### ¿Qué significa Estado de Derecho?

El concepto es familiar tanto en los sistemas de derecho civil europeo como en el anglo americano de derecho consuetudinario, aunque varía en su forma exacta. Éste se caracteriza por la intención de restringir el poder al Estado por medio de la ley y la justicia.

Se pueden identificar tres niveles de estado de desarrollo de la ley: el concepto clásico de Estado de derecho (*Rechtsstaat*), el estado democrático de derecho y el estado de derecho en las dimensiones sociales. La concentración se centra en la legitimidad del uso del poder, la identidad de la gente y los juicios de valor de la sociedad civil.



1 Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, jueves 12 de marzo.

**Características del estado de derecho.** El principio de legalidad ha sido considerado como un aspecto distintivo del estado de derecho. De acuerdo con este principio, toda autoridad pública tiene que estar basada en la ley. El desarrollo de los sistemas judiciales puede considerarse como cierto tipo de acción recíproca donde interactúan constantemente los niveles nacionales e internacionales.

Sin embargo, el estado de derecho no es simplemente un principio formal. Desarrolla un carácter dinámico y social como el crecimiento de las leyes y la ganancia de la sustancia material. Al efecto, la justicia y la democracia deben verse dinámicamente y en relación con cada uno. Es esencial para examinar el estado de derecho en un sentido amplio, como un proceso de interacción que ocurre entre las instituciones públicas, las autoridades públicas y sociedad civil. Por lo tanto, al hablar de estado de derecho, el énfasis se pone en la perspectiva de los ciudadanos, sobre la importancia de los derechos humanos fundamentales y derechos, los requisitos para el funcionamiento del sistema legal y las expectativas sobre el desarrollo judicial.

**Desarrollo del estado de derecho.** Podemos ver diferencias entre la pragmática nórdica, la América libre y federal, el Parlamento británico, el Continente europeo constitucional normativo, el Socialismo formal de Europa Oriental, la Rusia “democrática federal”, la China jerárquica y la pobreza en África e inestabilidad de los sistemas relacionados.

## Diferencias regionales en el desarrollo del Estado de Derecho



23/02/2014

Estado de Derecho Finlandia - ROLFI

### Diferencias regionales

**Estado de derecho en Europa.** Aunque el estado de derecho se originó del pensamiento jurídico europeo, como se presentó arriba, hay considerables diferencias en las opiniones sobre la esencia del estado de derecho, aún en Europa.

El pensamiento del estado de derecho nórdico es de carácter parcial. Remarca la importancia de la tradicional conformidad a la ley, separación de poderes, democracia representativa y de los cada vez más primordiales derechos humanos, como estándares del estado de derecho. El pensamiento jurídico alemán ha recorrido un largo camino desde los días del imperativo categórico de Emmanuel Kant al liberal-democrático de *Rechtsstaat* de hoy.

**Alemania.** El actual sistema político de Alemania se ha caracterizado como una democracia representativa, aunque el sistema electoral favorece a partidos grandes y establece un umbral electoral para partidos

pequeños. La estructura del sistema es característicamente federal y cada estado constituyente cuenta con su propia Constitución. Hay tensiones evidentes entre la federación y cada estado constituyente. Hay tensiones evidentes en la estructura federal alemana, entre el gobierno federal y *Länder*. La evolución de la Unión Europea se reflejará en el estado del país particularmente como parte del tercer nivel de gobierno.

Se ha dicho que las estructuras del sistema federal alemán establecidas en la Constitución de Bonn de 1949 reflejan el compromiso entre los partidarios de un sistema federal centralizado y los de uno descentralizado. Parece que el sistema federal de Alemania unida está ahora atrapado en la decisión, una situación en la cual los beneficiarios del *status quo* pueden bloquear todas las reformas. Sin embargo esto podría complicar más la situación. También se ha argumentado que a nivel federal, fortalecer el Consejo de los Estados, compuesto de miembros del gobierno del país (*Länder*), significaría una modificación al principio de separación de poderes.

**Gran Bretaña.** Ya que no hay constitución escrita en Gran Bretaña, la evolución del estado de derecho no puede dividirse en etapas formales. Como se dijo previamente, el énfasis considerable en la situación del Parlamento y de las libertades civiles ha sido una característica distintiva del pensamiento británico.

Ese ha sido el antecedente de la forma tradicional de libertad democrática del gobierno. Uno de los parteaguas del pensamiento del estado de derecho ha sido A. V. Dicey, *Introducción al estudio del Derecho constitucional*, de 1885, donde hizo énfasis en el objetivo de detener el mal uso del poder y garantizar los derechos de la persona (ver Tuori, 2007).

Cada día las cuestiones de seguridad legal han incluido los altos gastos de los procedimientos de la corte, así como las barreras que han traído la necesidad de contratar un abogado. Claramente, en los úl-

timos años, la tendencia ha sido desarrollar algunas de las prácticas mencionadas a fin de corregir los errores del sistema. Las relaciones y la cooperación jurídica con la Unión Europea han abierto nuevas perspectivas para el desarrollo de un sector jurídico que acompañe las viejas tradiciones.

Finlandia es un pequeño país que no puede ser tomado en cuenta como modelo en cuestiones legales. A nivel internacional, ha llamado la atención por su bajo nivel de corrupción y su eficiente administración. Lo anterior se debe a que goza de una histórica tradición ininterrumpida conforme a la ley y al respeto de los derechos fundamentales. También se ha adherido a un pragmatismo que forma su posición entre Oriente y Occidente. Finlandia tal vez pueda considerarse como un laboratorio donde es posible llevar a cabo la conducta legislativa y los experimentos administrativos.

Un análisis del estado de derecho también ha tenido serias dificultades en la Unión Europea (UE). A pesar de que la UE es una entidad gobernada por su propio derecho, sus estados tienen diferentes tradiciones. En Alemania, el miembro más importante, el desarrollo está caracterizado por un constitucionalismo, un énfasis en la constitución y una estructura federal, mientras que en Inglaterra no hay una constitución escrita. Ahí, la posición del parlamento y las libertades civiles vienen de antaño, y la totalidad legal del sistema está dominado por el derecho consuetudinario tradicional, el cual sin embargo poco a poco está adquiriendo características de ley debido a la influencia de la UE.

**Europa Central y Oriental.** Ha habido cambios considerables en Europa Central y Oriental después de 1989, que han sido frecuentemente comparados con la revolución de 1848. Dick A. Howard (2002) cree que el ambiente regional e internacional posterior a 1989 favoreció el establecimiento de las democracias de Europa Central y Oriental, distinto

al caso previo a la Segunda Guerra Mundial. Rusia ya no es la amenaza que fue anteriormente.

Los países liberados del socialismo han aprobado nuevas constituciones, organizado la separación de poderes, votado por elecciones libres, permitido la creación de un sistema de corte independiente y asegurado la protección de los derechos humanos fundamentales. Ha habido en común numerosas cuestiones interesantes en el desarrollo del estado de derecho de los países de Europa Oriental. Entre éstas: la débil situación de la sociedad civil, la cínica y desconfiable actitud en torno a la ley y las instituciones, las grandes variaciones en la participación de los votantes, en la distribución de los votos entre los partidos y la lucha para acceder a los arreglos de seguridad de la UE y Europa Occidental.

Es interesante que muchos de esos países han establecido cortes constitucionales para controlar la constitucionalidad de las leyes, aunque las cortes constitucionales han sido establecidas en estructuras federales.

En Estados Unidos, el desarrollo jurídico se ha visto influenciado por el liberalismo como un contrapeso a la vieja aristocracia europea y por un sistema de estado fuerte. No es fácil para un extranjero entender completamente la complejidad del sistema de comprobación y saldos del Capitolio. En años recientes la lucha contra el terrorismo ha cambiado el foco de atención de los ideales de las libertades civiles, al pensamiento jurídico destacando la seguridad.

El ambiente en los Estados Unidos está marcado por los ataques terroristas del 11 de septiembre, que indirectamente influyen el desarrollo del sistema jurídico y político (ver Howard, 2001). Después de los ataques, la nación estuvo mucho más unida que nunca y el apoyo para el gobierno federal aumentó. Las cuestiones de seguridad naturalmente fueron prioridad, y como resultado, se aprobó la ley anti-terrorismo de 2001. La ley contiene restricciones de largo alcance para los derechos

fundamentales y permite la recolección de información con propósitos oficiales (CIA, INS, Military, etcétera). Además, la ley no proporciona el derecho de apelar o reclamar cualquier restricción en el uso de información por parte de las autoridades.

Las recientes reformas legales, apuntan a la guerra contra el terrorismo y los arreglos relacionados con la seguridad: ha cambiado el foco del pensamiento jurídico de la tradicional ideología de libertad y derechos ciudadanos hacia un enfoque orientado a la seguridad. Los discursos del presidente Barack Obama primero apuntaban optimistas hacia la construcción de un balance entre justicia y poder, pero nosotros todavía estamos esperando los resultados.

**Rusia.** Es difícil entender el desarrollo de Rusia a menos que se esté familiarizado con las fases históricas del país, el régimen de la era comunista, las tradiciones antiguas y la cultura distintiva. Para caracterizar la evolución del principio de legalidad en general, en la época zarista significaba, principalmente, la legalidad del orden de sucesión. Los arreglos del poder de la monarquía eran la base.

Durante la época soviética el principio de legalidad fue, esencialmente, de naturaleza formal. Así, bajo el régimen stalinista fue posible también realizar “operaciones de limpieza” masivas si para ello se establecía un tribunal para ello cuando se necesitaba. Desde el colapso del socialismo ha existido un desarrollo hacia el estado regido por la ley.

La constitución de 1993 define el sistema como “estado democrático federal”. La estructura de la Constitución de Rusia se asemeja a las occidentales, pero desde luego, hay todavía necesidad de la observancia de la ley, la validez legal de los contratos y de las costumbres establecidas.

En su libro *Putin y el crecimiento de Rusia* (2008, 71) Michael Stuermer, columnista alemán y jefe correspondiente de *Die Welt*, señala que la lenta formación de la sociedad civil es, en parte, resultado de la falta de confianza en los tribunales y las instituciones legales.

**China.** El sistema jurídico de China debe ser analizado desde un contexto histórico y cultural. Las leyes han sido siempre entendidas como una entidad creada por el hombre, cuyo principal propósito no es sostener el desarrollo económico, sino coadyuvar al funcionamiento del sistema político y social.

El sistema jurídico en la filosofía social china ha sido característicamente jerárquico. *La ética de Confucio* se basaba en las cinco virtudes esenciales chinas: humanidad, justicia, buenas maneras, fidelidad y sabiduría (Jones 2003, 9). Du Gangjian y Son Gang (1995, 35), escribe en esas *Analectas de Confucio* cuatro principios: benevolencia (*ren dao*), tolerancia (*shu dao*), justicia (*yi dao*) y gobierno (*zheng dao*).

Posteriormente, durante la dinastía *Ging*, la doctrina legal y la ley reemplazan los viejos principios éticos. La nueva doctrina permite al gobierno establecer un estado fuerte en este periodo. Desde aquí se origina el omnipotente e incluso temible Estado de la tradición popular china. Más tarde, durante la era de Confucio, bajo el gobierno de la dinastía *Han*, valores sociales fueron integrados en las reglas del comportamiento, y la relación entre hombre y naturaleza fue buscada.

La tradicional concepción legal china hizo hincapié en el sistema criminal y en las penas. La ley civil fue menos desarrollada debido al sistema jerárquico. La regulación de los conflictos concernientes a la propiedad, la herencia e incluso el matrimonio, fueron originalmente establecidas en las normas del derecho penal.

Por lo tanto la ley busca la expiación de quien viola la ley y la compensación es a través de los servidores públicos. Las viejas tradiciones todavía tienen un significado considerable en el sistema jurídico presente en China.

En China la tendencia ha progresado interesante y consistentemente hacia la apertura, desde 1978. Esto se demuestra claramente por las

reformas a la constitución china de 1982. Más aún, se hizo posible la coexistencia de la economía pública con la economía privada en 1988; el concepto de mercado socialista en la economía fue introducido en 1933; el objetivo de construir un Estado regido por la ley fue establecido en 1999; y la protección de la propiedad privada y el respeto a los derechos humanos fueron añadidos en la Constitución en 2005.

En el continente africano el desarrollo de la ley es –como ya lo he mencionado–, obstaculizado por las situaciones de inestabilidad y pobreza. Una observación interesante es que el desarrollo legal no ha recibido gran influencia de las tradiciones del periodo colonial, esto es, la influencia del sistema de derecho consuetudinario o de derecho civil. Son mucho más importantes las cuestiones de educación y el funcionamiento de las instituciones.

El derecho consuetudinario y los sistemas de derecho civil en África han sido comparados por *Freedom House* que se refiere a los derechos políticos y a las libertades civiles, y por *la International Country Risk Guide* (ICRG, por sus siglas en inglés), que evalúa los parámetros de corrupción existentes. La conclusión general es que no hay una diferencia significativa respecto a las garantías legales, la corrupción o la implementación de las libertades civiles y los países gobernados por el sistema de derecho consuetudinario. Sin embargo, después de 1990, ha habido más problemas con los países gobernados bajo el derecho consuetudinario que en los países gobernados bajo el derecho civil, relacionados con la protección de los ciudadanos por la ley de corrupción (Joireman, 2001, 588, ff). La explicación de esta tendencia podría estar en cuestiones sociales y de cultura jurídica: la educación de los expertos ha sido más comprensiva en las bases del sistema de derecho consuetudinario.

**Conclusión:** Así que, actualmente una vista rápida a los diferentes continentes muestra que es difícil identificar conceptos legales simples.

Aunque estamos familiarizados con el principio de estado de derecho o legalidad, como se mostró arriba, no es un concepto fácil de definir. Ese principio no debe, sin embargo, ser definido muy estrechamente refiriéndose sólo a sectores específicos como seguridad, legislación, tribunales, administración, competencia o mercado. Se requiere un acercamiento más equilibrado al concepto, y deben ser consideradas las diferentes etapas del desarrollo del estado de derecho.

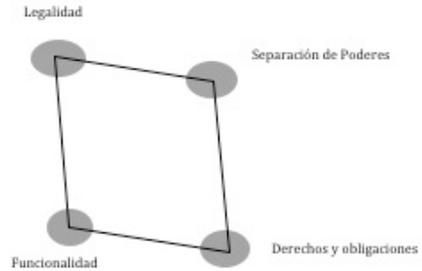
**¿Cómo ver el desarrollo del Estado de Derecho?** Es necesario un enfoque más equilibrado que tome en consideración las diferentes etapas de desarrollo del estado de derecho. Un modelo funcional del estado de derecho es “una casa construida sobre un piso sólido”. El examen de las cuatro esquinas establece una base firme y encontrada para la observación del desarrollo legal. Nosotros nos damos cuenta de la necesidad de apoyar las diferentes esquinas de la casa con estructuras interrelacionadas. Esto a su vez destaca la importancia del capital social –un concepto estudiado por la ciencia política y la sociología– como un factor que proporciona la durabilidad de la cultura jurídica.

El estado de derecho, como una casa con cuatro esquinas: i) el principio de legalidad en el ejercicio del poder, ii) la equilibrada separación de los poderes entre los órganos del Estado, iii) la implementación de los derechos humanos y, generalmente, los derechos y responsabilidades, y iv) la funcionalidad de la casa, esto es, transparencia, decisiones claras y no tardías.

Nosotros en Occidente todavía tenemos mucho por hacer al respecto de estos temas.

## Las cuatro esquinas son:

- EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD
- LA SEPARACIÓN DE PODERES EQUILIBRADA
- LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES
- LA FUNCIONALIDAD DE LA “CASA DEL ESTADO DE DERECHO”

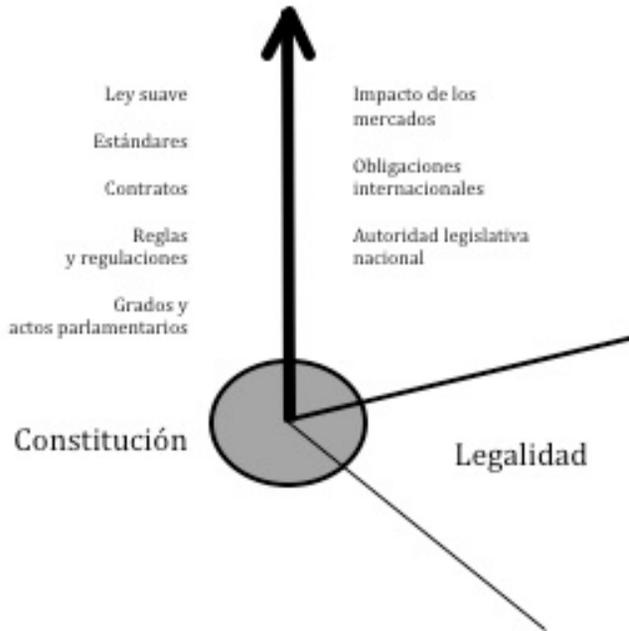


El estado de derecho en la base de las cuatro variables: “Una casa construida en un terreno sólido”

Estado de Derecho Finlandia – ROLFI

Las cuatro esquinas necesitan estar soportadas por la confianza mutua, esto es, capital social. Una estructura sólida promueve el crecimiento económico y el bienestar. También el Banco Mundial ha considerado al estado de derecho como la mayor ventaja competitiva. En algunos sectores administrativos, como la ley del medio ambiente, Finlandia ha encontrado soluciones avanzadas.

**Una legislación clara y una política legislativa crucial.** La legislación juega un papel importante en el desarrollo del estado de derecho. Mientras la legislación se desenvuelve el estado de derecho cobra importancia. Desde este punto de vista el estado de derecho es una dinámica fundamental. Por lo tanto, la ley debe ser vista como un medio, y no como un fin. Sin embargo, hoy en día la ley no es algo tan claro como un material de construcción. La legislación se ha dividido y de alguna manera se ha vuelto más indirecta.



Sistema regulatorio de calidad y política  
Estado de Derecho Finlandia – ROLFI

Los problemas de la legislación yacen en la distancia de ésta con la realidad. En este contexto me gustaría hacer notar que hoy uno de los grandes problemas en la política legislativa, parece ser que las leyes están hechas, frecuentemente, con una visión muy corta y hacen referencia sólo a un sector administrativo. El número de principios supranacionales está claramente incrementándose. Este fenómeno puede ser llamado una *norma global de producción*, y sus resultados son frecuentemente llamados “ley suave”. También diferentes estándares han cobrado importancia. A nivel internacional las normas se aceptan más fácilmente si no están legalmente obligadas.

**El desarrollo de la separación de poderes.** La separación de poderes es la segunda piedra angular del estado de derecho. La doctrina de la separación de poderes está generalmente asociada con la filosofía de la Ilustración francesa del siglo XVIII y con las obras de Montesquieu (1689-1755). Su obra cumbre, *El espíritu de las leyes*, fue publicada en 1748. No obstante, previamente, se intentó aplicar la separación de poderes.

Estos principios fueron aplicados, por primera vez, durante el Imperio Romano. Sin embargo, no fue hasta el siglo XVII, antes de la primera presentación sobre la funcionalidad de la separación de los poderes, que fue publicada en *Oceana* 1656 por Harrington en Inglaterra. El filósofo inglés John Locke (1632-1704) presentó prácticas sugerencias que conciernen a la restricción de los poderes ejecutivo y legislativo.

Locke no buscaba un balance en la separación de poderes, más bien una restricción de los poderes legislativo y ejecutivo. Él propuso un poder federativo, o el poder para decidir tanto en la guerra como en la paz separado de la autoridad. Él no consideró que el poder judicial fuera a la par con las otras funciones del Estado. Justo antes de que ese poder judicial hubiera sido considerado como un estatus independiente por una disposición especial en 1701. Los derechos de los jueces de permanecer en su cargo también fueron establecidos en este tiempo.



Órganos del Estado – separación de poderes  
Estado de Derecho Finlandia – ROLFI

La independencia de las cortes es esencial en el desarrollo del estado de derecho. No obstante, me gustaría enfatizar que la independencia no significa el aislamiento; al contrario, significa la dependencia en el desarrollo social general. No debemos olvidar los pisos de la casa, esto es, el nivel local y sus alrededores inmediatos, día con día operan en un ambiente de democracia.

**Importancia de la obligación de los derechos humanos.** Los derechos fundamentales son una norma muy importante del estado de derecho. Abren una perspectiva para entender el orden jurídico como un todo. Además subrayan una vista de acuerdo con la cual la substancia de la ley debe examinarse desde la perspectiva de gente. Examinar la ley basada en el desarrollo de los derechos fundamentales es un punto de partida crucial para este libro. Después veremos como la así llamada

*cultura jurídica occidental* enfatiza la individualidad; mientras la asiática, específicamente, la cultura jurídica china, es más sensible al interés común.

La Carta Magna de Inglaterra de 1215, la carta de derechos en las constituciones de las colonias norteamericanas de finales del siglo XVIII y la declaración de los derechos humanos derivada de la Revolución Francesa, son comúnmente consideradas como el punto de referencia más importante del desarrollo de la institución de los derechos humanos.

La inclusión de los derechos humanos en las constituciones empezó justamente a finales del siglo XVIII en los estados integrantes de los Estados Unidos, y la práctica inició muy pronto a establecerse con la constitución federal de Estados Unidos y la Revolución francesa. La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, aprobada en 1789, se encuentra entre los documentos más importantes de la Revolución Francesa. Esa declaración se utilizó como parte introductoria para la constitución de 1791. La declaración tuvo una influencia crucial en el desarrollo de la de los derechos constitucionales y fundamentales de Europa.

**Comparativo entre las distintas tradiciones de derechos fundamentales.** Las constituciones de los países europeos tradicionalmente han garantizado en particular las libertades civiles (p. ej.: libertad de expresión, libertad de culto y el derecho de propiedad e igualdad), siguiendo el modelo de la Revolución francesa. La inclusión de los derechos económicos, civiles y culturales es característica de las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial. En las últimas décadas, Suecia (1974, 1976, 1979), Canadá (1982) y los Países Bajos (1983) han creado instituciones de derechos fundamentales parecidas a las de Finlandia. Todo el sistema de derechos fundamentales en Finlandia fue remodelado por la reforma de 1995.

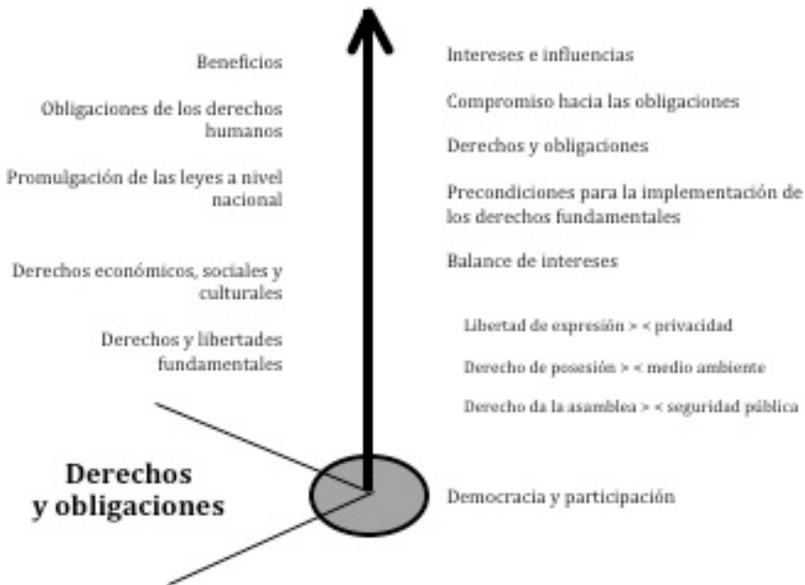
En comparaciones legales, no debemos restringirnos al cotejo con las constituciones occidentales; sin embargo, como la mayoría de los derechos fundamentales estaban garantizados, por ejemplo, en la Constitución de la Unión Soviética de 1977, al menos formalmente. El desarrollo de la legislación cada vez más detallada sobre los derechos fundamentales y un cambio hacia los principios de la economía socialista de mercado y la mejor comparación con las constituciones occidentales, puede verse desde la reforma constitucional china desde 1982. Generalmente, se puede observar que el enfoque de las constituciones es cambiar gradualmente hacia la legislación de los derechos fundamentales.

Todavía hay claras diferencias en el énfasis y en la exactitud de la legislación, por un lado, entre las libertades civiles y en los derechos económicos, sociales y culturales por otro. La cuestión es, por supuesto, también acerca de la existencia de recursos económicos para la implementación de los diferentes derechos fundamentales.

Cada vez más se especifica la determinación de los derechos y las obligaciones del individuo y de la protección del estatus individual en relación con las autoridades públicas, en particular, han sido una tendencia en aumento. Con respecto a la historia de las ideas, parece que en el mundo angloamericano la inspiración de Locke es más frecuente: los derechos humanos son esencialmente vistos como significado de libertad del Estado. Rousseau, como una fuente de inspiración, es más común en el continente europeo: los derechos humanos son más que una simple libertad del Estado. Por lo tanto, la última tradición tiene una actitud más positiva hacia el Estado como instrumento de bienestar común.

En el proceso de globalización, las obligaciones internacionales de los derechos humanos fueron un rol importante. Sin embargo, no son una medida suficiente para los derechos fundamentales. Si hay posibi-

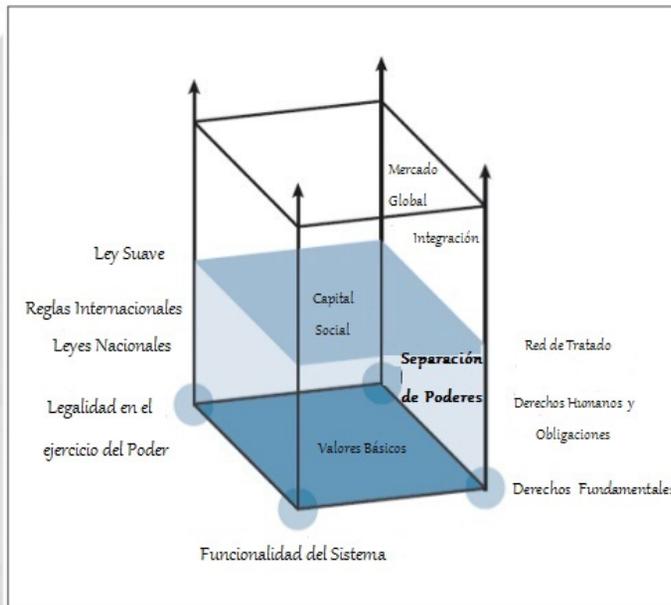
lidades razonables y financieras, nuevas medidas deben ser tomadas para salvaguardar los derechos y las obligaciones de cada uno. Por otro lado, es importante que los derechos fundamentales sean realistas.



Status de la gente  
Estado de Derecho Finlandia – ROLFI

Otro punto es que los derechos y las obligaciones deben ser vistos como una unidad y acordes a los derechos fundamentales modernos para alcanzar un equilibrio entre los derechos en conflicto. En relación con los medios de comunicación, por ejemplo, es a veces difícil encontrar un balance entre la libertad de expresión y la protección de la privacidad. Como derecho político, la libertad de expresión es naturalmente un supuesto fundamental social, y no debe ser coartado a menos que se tengan razones muy bien fundadas.

**Funcionalidad y durabilidad de la casa del estado de derecho.** La cuarta esquina de la casa es la funcionalidad del sistema: los actos deben ser comprensibles, la burocracia debe disminuir, las decisiones deben ser tomadas con rapidez, y el acceso a la justicia debe ser simple. En algunos campos, desafortunadamente, los costos son todavía muy altos y los procedimientos muy lentos.



Durabilidad del estado de derecho  
Estado de Derecho Finlandia – ROLFI

Muchos encuentran la metáfora de la casa muy simple. En mi opinión, sin embargo, la examinación de las cuatro esquinas deja una firme y fuerte base para la observación del desarrollo legal, eso crea una especie de indicador del estado de derecho.

El concepto del estado de derecho ha sido usado en varios contextos internacionales, como un criterio para acceder a las convenciones de los derechos humanos, y para la incorporación a ciertas organizaciones internacionales, como la de la UE, también como una precondition para el desarrollo de algunos programas de cooperación. Una observación se refiere al hecho de que después de que el estado ha entrado a la Unión Europea, no hay un modo sistemático de monitorear el desarrollo de su estado de derecho. Aunque es normal que no haya un sistema para monitorear a todos los miembros, la investigación sistemática puede ser útil con el fin de asegurar la implementación del estado de derecho y el objetivo final, Europa para los europeos.

Para el progreso, debemos darnos cuenta de la necesidad de reforzar las esquinas de la casa con soportes estructurales interrelacionados. Esto subraya la importancia del capital social (un estudio de campo de los científicos y sociólogos de la política). El estado de derecho está considerado en un contexto social. Incluso un paso más importante hacia adelante es considerar la pregunta de la conexión entre el sistema legal y el extenso sistema social.

El capital social está considerado tanto una condición importante para el crecimiento económico como un estabilizador de la democracia liberal. La importancia del capital social y su crecimiento han sido discutidos como la segunda generación de la reforma del modelo económico. Al mismo tiempo, el estado de derecho es considerado en un contexto social. Así se presenta la pregunta: ¿Cómo podemos incrementar el capital social? El capital social es esencialmente un recurso de la sociedad civil, hay límites que extienden las acciones del Estado que pueden contribuir a él.

¿Cuál es el núcleo sustancial del concepto clave del capital social? Esencialmente, es una cierta característica en común que no está ligada explícitamente en las normas pero está basado en un sentimiento de

solidaridad y en la confianza entre las personas. Fukuyama sugiere una definición práctica: “el capital social es una norma informal cuya instancia promueve la cooperación entre dos o más individuos”. Putman cita una característica particular del capital social: confianza, normas y redes, esto es ordinariamente un bien público. El capital social, a diferencia de otros tipos de capital, frecuentemente es producido como consecuencia de otras actividades sociales.

Es importante analizar la esencia del capital social y su promoción desde la perspectiva de la sociedad civil: la gente. Entonces, en el contexto del sistema legal, las reformas enfatizadas deben estar en el práctico desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades, y no en la definición de las competencias institucionales. Más aún, las conexiones entre el sistema legal y el extenso sistema social deben ser consideradas a fin de alcanzar el siguiente, incluso más importante, paso del análisis.

## II

### ESTADO DE DERECHO: OBSERVACIONES COMPARATIVAS Y CONSTITUCIONALES<sup>2</sup>

**Globalización.** El nuevo libro publicado por AGH “2011-2012, México-Finlandia Venture” está basado en innovadoras palabras claves, emprendedores, sociedad y promesas que dan “respuestas a los problemas legales”. El presidente Alfredo González Hernández me ha pedido dar algunas palabras sobre el estado de derecho en la globalización.

La globalización es un término que se ha usado en muchos sentidos, pero la idea principal es sobre la integración progresiva de las economías y las sociedades. Esto es conducido hacia nuevas tecnologías, nuevas relaciones económicas y políticas nacionales e internacionales

2 Escuela Libre de Derecho, viernes 13 de marzo.

de una amplia variedad de actores, incluyendo los gobiernos, las organizaciones internacionales, los negocios, la mano de obra y la sociedad civil. La globalización no es un fenómeno nuevo.

Hablando en términos generales el proceso de la globalización tiene dos aspectos: el primero se refiere a aquellos factores –la marca, la inversión, la tecnología, los sistemas de producción fronterizos, los flujos de información y comunicación– que hace que las sociedades y los ciudadanos se acerquen. El segundo se refiere a las políticas y las instituciones como la marca y la liberalización del mercado de capitales, estándares internacionales, el medio ambiente, el comportamiento corporativo, los acuerdos en los derechos de propiedad intelectual, y otras políticas en ambos niveles nacional e internacional, que apoyan la integración de las economías y de los países.

Aunque la globalización puede ser estudiada como un proceso a nivel de negocios, también afecta el funcionamiento interno de los estados. Este acercamiento recae en algún lugar entre las llamadas máximas y mínimas posiciones. De modo que, debe ser considerado evidente que los efectos de globalización del funcionamiento interno y las capacidades de los estados, sean una óptima cooperación mexicana-finlandesa.

No obstante, los propios estados se encuentran generalmente detrás de las acciones mismas que han cambiado la relación entre los estados y los mercados, que se manifiesta en la liberación del mercado, los tratados de los derechos humanos y los convenios de seguridad. Incluso el sistema económico internacional depende del poder de los estados. Lo anterior lo hemos visto en las crisis económicas. El triunfo de la liberalización de la economía puede ser al mismo tiempo la caída del sistema. Aunque la globalización puede ser estudiada como el proceso a nivel de negocio, también afecta, como se ha dicho, el interno funcionamiento de los estados y el nivel de los ciudadanos. Este acercamiento recae en algún lugar entre las llamadas máximas y mínimas posiciones.

**La posición social de los estados nacionales.** Algunos estudiantes hablan sobre el desgaste de los estados nacionales. Esto se refiere a: 1) a una disminución en las capacidades estatales para controlar los efectos provocados por los actores más allá de sus fronteras; 2) los déficits democráticos, que resultan de los hechos cuyas decisiones están tomadas más allá del alcance del proceso democrático, y éstas generalmente afectan a las personas que no están consideradas en el proceso de la toma de decisiones; y 3) las restricciones sobre las capacidades del estado para implementar las políticas sociales con respeto a la libertad del capital (Habermas 1999, 49-50). El sistema internacional ya no es un sistema de estados. Los cambios traídos por la globalización son tantos que impiden seriamente la capacidad de los estados para realizar un bien común y han sido como una asociación civil genuina (Cerny, 1995, 595 ff).

Este es el reto de la globalización: las aspiraciones democráticas, constitucionales y sociales de la gente están todavía formadas a nivel de estado-nación, aunque las posibilidades para las acciones colectivas dentro del marco laboral están disminuyendo. Incluso si la posibilidad para acciones colectivas también surgiera de los arreglos multilaterales, éstas siempre trabajarían más lejos de la investigación del control democrático. En este establecimiento del estado se preservará su importancia en el sistema económico-político internacional, pero su rol íntegro como “una asociación civil” puede desaparecer (Cerny, 1995, 619).

No obstante, los estados por sí mismos están usualmente detrás de las acciones que han cambiado la relación entre los estados y los mercados, la cual se manifiesta en la liberalización del mercado, los tratados sobre derechos humanos y los acuerdos de seguridad. Aún el sistema de economía internacional depende del poder de los estados. Si la competencia y la presión del mercado, redujera a los estados a meras au-

toridades locales, el sistema estaría fuertemente propenso a amenazas políticas y sociales, como el terrorismo, el crimen y los movimientos de protesta. De este modo, el triunfo del liberalismo económico, sería al mismo tiempo, la caída del sistema.

Para presentar una visión más metódica acerca del rol del estado-nación, podemos argumentar que es en realidad el estado nacional el único agente que puede ofrecer en las negociaciones sobre asuntos de interés común; como Thompson (1999, 149-150) señala, es también el estado nacional “quien regula tanto las disposiciones legales internacionales como el resultado de los acuerdos comunes que han sido negociados, representados en un marco laboral para llevar acabo tanto las actividades económicas nacionales e internacionales, por ende, el estado no puede ser ignorado en este proceso”.

La globalización acepta las condiciones de la participación y el desarrollo de la democracia a través de algunos canales. Muchos consideran a la globalización exclusivamente como un fenómeno positivo, y lo interpretan principalmente como desarrollo económico. Por un lado, el bienestar económico genera bienestar social y más allá el fortalecimiento de los elementos centrales de la humanidad. Por otro lado, el poder económico se encuentra concentrado y acumulado en lugares adinerados. Esto, a su vez, tiene consecuencias que afectan el equilibrio global y establece los requisitos para los sistemas de gobierno. Aún es difícil ver el futuro de los gobiernos globales o modelos cosmopolitas.

La democracia no debe ser analizada sólo a un nivel de régimen político. Consecuentemente, la democracia debe ser vista como un sistema con respecto a las actividades de toda la sociedad. Esto a su vez ha sido el punto de partida cuando el estado de derecho liberal clásico, el estado de derecho democrático y las dimensiones sociales del estado de derecho han sido consideradas como las diversas etapas del desarrollo del estado de derecho.

Para concluir, desde la perspectiva de lo individual, hay problemas en esos países y regiones donde hay condiciones inestables, o donde la democracia no funciona bien, en otras palabras, hay una falta de estado de derecho y restricciones a la libertad de expresión. Sin entrar al análisis detallado, puede ser notable que el problema es comúnmente debido al estado débil o a la posición de las autoridades y los tribunales, conocimiento deficiente de los derechos humanos obligatorios y obstáculos al desarrollo legal de la cultura.

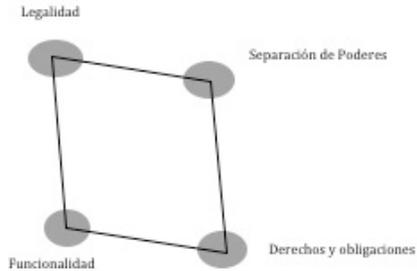
**¿Cómo ver el desarrollo del estado de derecho?** No es fácil analizar el desarrollo legal. El estado de derecho no debe ser visto de manera estrecha refiriéndose sólo a los diferentes sectores del uso del poder público. Se requiere un acercamiento más equilibrado que tome en cuenta las diferentes etapas del desarrollo del estado de derecho.

Un modelo simbólico funcional del desarrollo del estado de derecho es “La casa construida sobre terreno sólido”. El modelo de la construcción de cuatro esquinas se apoya en una firme cimentación que atiende al desarrollo legal. Continuando con esta metáfora notamos la necesidad de apoyar las diferentes esquinas de la casa con un entramado de estructuras con objeto de sostener al estado de derecho.

El estado de derecho es como una casa de cuatro esquinas: (i) el principio de legalidad en el ejercicio del poder, (ii) una separación equilibrada de poderes entre los órganos del estado, (iii) la vigencia de los derechos humanos y, de manera más general de derechos y responsabilidades, y (iv) la funcionalidad de la casa, esto es, transparencia, decisiones honestas y eficiencia.

## Las cuatro esquinas son:

- EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD
- LA SEPARACIÓN DE PODERES EQUILIBRADA
- LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES
- LA FUNCIONALIDAD DE LA “CASA DEL ESTADO DE DERECHO”



El Estado de derecho en la base de las cuatro variables – “Una casa construida en un terreno sólido”

Estado de Derecho Finlandia - ROLFI

Las cuatro esquinas necesitan estar apoyadas por confianza mutua, esto es, capital social. Una estructura sólida promueve el crecimiento económico y bienestar. También el Banco Mundial ha considerado al estado de derecho para ser la más grande ventaja competitiva. En algunos sectores administrativos, como la ley ambiental, Finlandia ha creado soluciones avanzadas.

**Desarrollo del estado derecho.** Podemos ver diferencias entre el Nórdico pragmático, el libre federal americano, el orientado Parlamento británico, la normativa constitucional continental europea, la post-socialista Europa del Este formal, la Rusia “democrática federal”, la jerárquica China, la pobreza africana y la inestabilidad de los sistemas relacionados.

## Diferencias regionales en el desarrollo del Estado de Derecho



23/02/2014 Estado de Derecho Finlandia - ROLFI

### *Diferencias en la cultura legal*

Finlandia es un pequeño país y no puede tomar el papel de maestro en asuntos legales. Internacionalmente, Finlandia ha llamado la atención por su bajo nivel de corrupción y su eficiente administración. Consecuentemente, Finlandia ha tomado lugar entre los líderes en los reportes competitivos del Foro Económico Mundial (WEF) y en el Instituto de Manejo del Desarrollo. Por otro lado, en Finlandia, el mercado laboral está teniendo problemas estructurales en el impuesto al salario, y algunas ramas están íntimamente relacionadas.

Un análisis sobre el estado de derecho tiene serias dificultades en la Unión Europea (UE), también. Aunque la UE por sí misma es una entidad gobernada por la ley, sus Estados miembros tienen diferentes tradiciones. En el primer Estado Miembro, Alemania, su desarrollo está caracterizado por el constitucionalismo, un énfasis en la constitución, y por la estructura federal, mientras que Inglaterra no ha escrito Constitución

alguna. Ahí la posición del Parlamento y las libertades civiles son lo primordial, y la totalidad del sistema legal está dominado por la tradición del derecho consuetudinario, aunque lo anterior poco a poco se está permeando de características legales debido a la influencia de la UE.

En los Estados Unidos, el desarrollo jurídico ha sido influenciado por el liberalismo como contrapeso a la vieja aristocracia europea y por el sistema de estado fuerte. No es fácil para un extranjero entender completamente la complejidad del sistema de control y equilibrio del Capitolio. En años recientes la lucha contra el terrorismo ha desviado la atención de los ideales de las libertades civiles, al pensamiento jurídico enfocado en la seguridad.

La atmósfera en los Estados Unidos está teñida por los ataques terroristas del 11 de Septiembre, los cuales indirectamente influyen al desarrollo del sistema político y jurídico (ver Howard, 2001). Después de los ataques, la nación se encontraba exteriormente más unida que hacía muchos años, y el apoyo para el gobierno federal creció. Lógicamente las cuestiones de seguridad eran lo primordial, como resultado, la Ley Antiterrorista de 2001 fue aprobada. La ley contenía restricciones trascendentales de los derechos fundamentales y permitía la colecta de información para propósitos oficiales (CIA, INS, Military, etcétera).

En Rusia, el desarrollo ha progresado desde el colapso del socialismo hacia un estado gobernado por la ley. La Constitución de 1993 define al sistema como un “estado democrático gobernado por el gobierno federal”. La estructura de la Constitución rusa nos recuerda a las orientales, pero por supuesto todavía existen necesidades como considerar la observación de la ley, la validez legal de los contratos, y el establecimiento de las tradiciones.

En su libro *Putin y el crecimiento de Rusia* (2008, 71) Michael Stuermer, un columnista alemán y jefe corresponsal para *Die Welt*, expone que la lenta formación de la sociedad civil es a causa del resultado de la

falta de confianza hacia los tribunales y las instituciones legales. En su periodo presidencial previo Vladimir Putin, en respuesta a la pregunta de la revista *Time* con respecto a la corrupción del estado que “en una economía transitoria y durante la restructuración de la totalidad de un sistema político lidiar con tales cuestiones es más difícil porque desafortunadamente no hay una respuesta por parte de la sociedad civil a nosotros [...] debemos admitir franca y abiertamente que no hemos trabajado el sistema que estimule el control social de las actividades de las instituciones públicas”.

En China, el desarrollo ha progresado consistente e interesadamente hacia su transparencia desde 1978. Esto ha sido demostrado claramente por sus enmiendas hacia la Constitución China de 1982. Además, llegó a ser posible complementar la economía pública con la economía privada en 1988, el concepto del mercado de la economía socialista fue introducido en 1993, la meta de construir un Estado gobernado por la ley fue establecida en 1999, y la protección de la propiedad privada y el respeto a los derechos humanos fueron añadidos a la Constitución en 2005.

En el continente africano el desarrollo del estado de derecho está obstaculizado por las condiciones inestables y la pobreza. Una observación interesante es que el desarrollo legal no está tan influenciado por las tradiciones del periodo colonial, *i.e.* aunque el país cuenta con un derecho consuetudinario o sistema de ley civil. Las cuestiones más importantes son la educación y el funcionamiento de las instituciones.

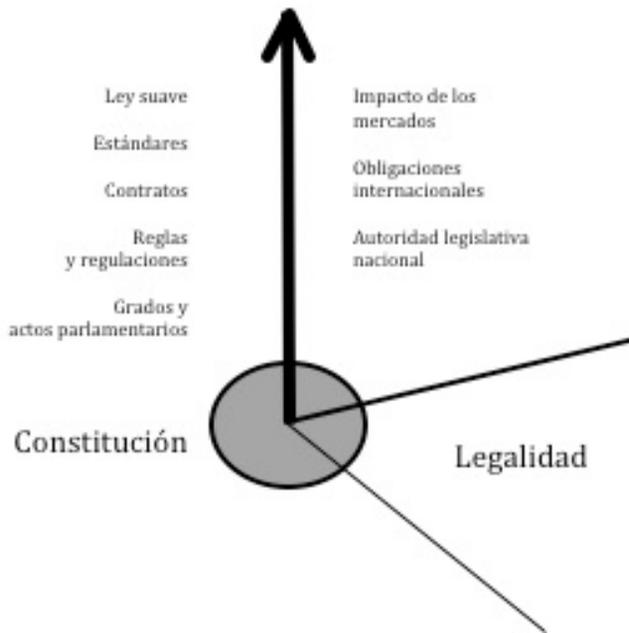
El derecho consuetudinario y el sistema de ley civil en África han sido comparados por *Freedom House*, el cual se concentra en los derechos políticos y las libertades civiles, y por el *International Country Risk Guide* (ICRG, por sus siglas en inglés) las valoraciones que, principalmente, están basadas en la existencia de la corrupción.

La conclusión general es que no hay una diferencia significativa con respecto a la protección jurídica, corrupción o a la implementación de li-

bertades civiles entre la ley civil y los países gobernados bajo el régimen de estado consuetudinario. Sin embargo, después de 1990, ha habido menos problemas en los países gobernados bajo este sistema, relacionados con la protección de los ciudadanos por la ley que se refiere a la corrupción (Joireman 2001, 588 ff). La explicación para esta tendencia puede recaer en cuestiones sociales: la educación de los expertos ha sido más comprensiva en las raíces del sistema de derecho consuetudinario.

Por lo tanto, todavía un viaje corto en los diferentes continentes muestra que es difícil identificar sólo un concepto del estado de derecho. Aunque estamos familiarizados con el concepto, éste no es fácil de definir. No obstante, el estado de derecho no debe ser entendido al pie de la letra. Un acercamiento más balanceado al concepto es necesario, y las diferentes etapas del desarrollo tienen que ser tomadas en cuenta.

**Clara legislación y crucial política legislativa.** La legislación juega un papel importante en el desarrollo del estado de derecho. Es la principal dinámica. Entonces, la ley debe ser vista como un medio, no como un fin. Sin embargo, la ley de hoy no es un material en construcción ambiguo. La legislación ha llegado a ser más fragmentada y de algún modo más indirecta.



Sistema regulatorio de calidad y política  
Estado de Derecho Finlandia – ROLFI

Los problemas de la legislación recaen en su distancia con la realidad. En este contexto, me gustaría puntualizar que uno de los grandes problemas de hoy en la política legislativa, parece ser que las leyes están frecuentemente preparadas con poca visión y con una referencia individual únicamente a los actores administrativos.

En algunos campos, el número de principios supranacionales que refuerzan varias prácticas está claramente incrementando. Este fenómeno puede ser llamado norma de producción global y sus resultados son a menudo llamados “Ley suave”. Los diferentes estándares también han crecido en importancia. Las normas son más fáciles de aceptar a nivel internacional si no están legalmente vinculadas.

**El desarrollo de la separación de poderes.** La separación de los poderes es la segunda piedra angular del estado de derecho. La doctrina de la separación de poderes usualmente está asociada con la filosofía de la Ilustración francesa del siglo XVIII y con las obras de Montesquieu (1689-1755). La obra de Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, fue publicada en 1748. No obstante, hubo aplicaciones prácticas previas. Los principios fueron aplicados por primera vez durante el periodo del Imperio Romano. Sin embargo, fue hasta el siglo XVII antes de la primera presentación sobre el funcionamiento de la separación de los poderes que fue publicado en Oceana 1656 por Harrington en Inglaterra.

El filósofo inglés John Locke (1632-1704) presentó sugerencias prácticas que conciernen a la restricción de los poderes ejecutivo y legislativo. Locke no buscó un equilibrio en la separación de los poderes, más bien la restricción de los poderes ejecutivo y legislativo. Él vio el poder federativo o el poder de decidir en la guerra y en la paz, como una autoridad separada. Él no consideró el poder judicial para estar a la par con las otras funciones del Estado. Todavía antes de que el poder judicial adquiriera un nivel independiente por una provisión especial en 1701. Los derechos de los jueces de permanecer en el cargo también fueron establecidos al mismo tiempo.



Órganos del Estado – separación de poderes  
Estado de Derecho Finlandia - ROLFI

La independencia de los tribunales es esencial para el desarrollo del estado de derecho. No obstante, me gustaría enfatizar que la independencia no significa el aislamiento, más bien, la dependencia en el desarrollo social general. En conexión con el balance de la separación de los poderes, no debemos olvidar los pisos de la casa, que son el nivel local y el ambiente operante del día a día de la democracia.

**Importancia de las obligaciones de los derechos.** Ellos abren una perspectiva para entender el orden legal como un todo. También, ellos destacan una vista acorde a la sustancia de la ley que debe ser examinada desde la perspectiva de las personas.

La Magna Carta de Inglaterra de 1215, el *Bill of Rights* en las constituciones de las colonias norteamericanas a finales del siglo XVIII, y la Declaración de Derechos Humanos originadas a partir de la Revolución francesa en 1789, así como las referencias hacia él en las subsecuentes constituciones Francesas, están usualmente consideradas como los

puntos de referencia más importantes a nivel internacional del desarrollo de la institución de los derechos fundamentales.

La inclusión de los derechos fundamentales en las constituciones empezó a finales del siglo XVIII cuando se establecían los Estados Unidos, y en la práctica llegó a ser establecida rápidamente por la Constitución federal de Estados Unidos de América y la Revolución Francesa. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada en 1789 estuvo entre los documentos más importantes de la Revolución Francesa. La Declaración fue usada como parte introductoria para la Constitución de 1791. La Declaración tuvo una influencia crucial en el desarrollo de los derechos fundamentales y constitucionales europeos.

**Comparación entre las diferentes tradiciones de los derechos fundamentales.** Las constituciones de los países europeos tradicionalmente han garantizado la particularidad de las libertades civiles (ejemplo: la libertad de discurso, la libertad de religión y el derecho de propiedad y la igualdad), siguiendo el modelo de la Revolución francesa. La inclusión económica, social, y cultural de los derechos está caracterizada por las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial. En las últimas décadas, Suecia (1974, 1976, 1979), Canadá (1982) y los Países Bajos (1983) han creado las instituciones de los derechos fundamentales comparables a los de Finlandia. Todo el sistema de los derechos fundamentales fue renovado por la reforma de 1995 en Finlandia.

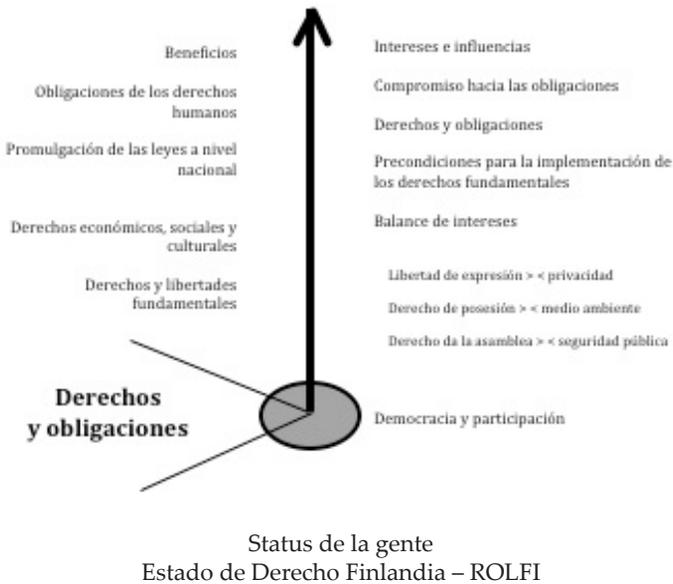
En comparaciones legales, no debemos restringirnos a la comparación de las constituciones occidentales; sin embargo, los derechos fundamentales fueron garantizados, por ejemplo, la Constitución de la Unión Soviética de 1977, al menos formalmente. También, el desarrollo del crecimiento pormenorizado de la legislación de los derechos fundamentales, un cambio hacia los principios del mercado económico socia-

lista y una mejor comparación con las constituciones orientales, pueden ser vistas en la reforma constitucional china desde 1982.

Aún existen claras diferencias en el énfasis y en la precisión de la legislación, entre las libertades civiles, por un lado, y en los derechos económicos, sociales y culturales, por el otro. La pregunta es, por supuesto, sobre la existencia de los recursos económicos para la implementación de los diferentes derechos fundamentales.

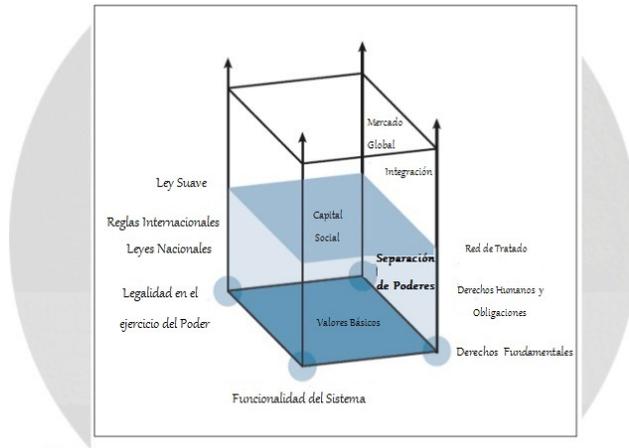
El específico incremento de la determinación de los derechos y los deberes del individuo y la protección del nivel individual en relación con las autoridades públicas, en particular, han sido una tendencia global. En relación con la historia de las ideas, parece que en el mundo anglo-americano la inspiración de Locke prevalece: los derechos humanos son esencialmente vistos como una libertad del Estado. Rousseau, como un recurso de inspiración, es más común en el continente europeo: los derechos humanos son más que una mera libertad del Estado. Por lo tanto, la última tradición tiene una actitud más positiva hacia el Estado como un instrumento para el bienestar común.

En el proceso de globalización, las obligaciones internacionales de los derechos humanos juegan un papel muy importantes. Sin embargo, las obligaciones internacionales de los derechos humanos no son una medida suficiente para los derechos fundamentales. Si hubiera posibilidades financieras y reales, mayores medidas deben ser tomadas para proteger los derechos y las obligaciones de todos. Por otro lado, es importante que los derechos fundamentales sean reales.



Otro aspecto importante es que los derechos y las obligaciones deben ser vistos como una sola entidad y acorde con la moderna ley de los derechos fundamentales, a fin de seguir un balance entre los derechos en conflicto. En conexión con las noticias de los medios, por ejemplo, a veces es difícil alcanzar un equilibrio entre la libertad de expresión y la protección de la privacidad. Como derecho político, la libertad de expresión es naturalmente una piedra angular social y no debe ser restringida a menos que haya razones extremas bien fundamentadas para hacerlo.

**Funcionalidad de la casa del estado de derecho.** La cuarta esquina de la casa es la funcionalidad del sistema: los actos deben ser comprensibles, la burocracia debe ser disminuida, las decisiones deben ser tomadas rápidamente, y el acceso a la justicia debe ser simple. En algunos campos, desafortunadamente, los costos todavía son muy altos y los procedimientos muy lentos.



### Durabilidad del estado de derecho Estado de Derecho Finlandia - ROLFI

Muchos encuentran la metáfora de mi casa muy simple. Pero en mi opinión, la examinación de las cuatro esquinas es firme y bien fundamentada para la observación del desarrollo legal, y crea una especie de indicador para el estado de derecho.

El concepto del estado de derecho ha sido usado en distintos contextos internacionales, como un criterio de acceso a las convenciones de los derechos humanos, y para los miembros de ciertas organizaciones internacionales, como la UE, así como un prerrequisito para el desarrollo de algunos programas de cooperación.

Una observación conlleva al hecho de que después de que el Estado ha accedido a la UE, no hay un modo sistemático para monitorear el desarrollo del estado de derecho. Aunque es natural que no haya un sistema para monitorear a todos los miembros, la búsqueda es sistemática, puede ser útil con la finalidad de asegurar la implementación del estado de derecho y el objetivo final, Europa para los europeos.

**¿Monitorear el desarrollo del estado de derecho?** La pregunta es: ¿podemos encontrar indicadores para evaluar el desarrollo del estado de derecho?

BASE DE DATOS DE LOS BANCOS E INDICADORES

---

Reporte bi-anual de la Comisión Europea para la eficiencia de la justicia (CEPEJ)
El índice del Estado de Derecho
La base de datos de los derechos humanos de Cingranelli-Richards (CIRI)
El Índice de Transformación de Bertelsmann (BTI)
El Índice de la Percepción de corrupción (CPI)
Los Indicadores Mundiales de Gobierno (WGI)
El Índice de la Paz Global
El Índice de los Derechos Humanos
El Índice de los Estados Fallidos
El Índice de Ibrahim del Gobierno Africano
La Política de Escala de Terrorismo
El Índice de Seguridad Humana
El Índice de Instituciones Sociales y Género
El Índice de Integridad Global
La Encuesta Internacional del Crimen y la Víctima
La Encuesta de Naciones Unidas Sobre las Tendencias Criminales y las Operaciones de los Sistemas de Justicia
Haciendo Negocios
El Índice de Libertad Mundial
El Índice de Libertad Económica
El Reporte de Competitividad Global
El Índice de la Libertad Civil
Los Indicadores de la Sustentabilidad del Gobierno
El Índice de la Democracia

---

El estado de derecho en Finlandia Rolfi

El estado de derecho ha sido definido como un concepto multidimensional que consiste en ocho facetas: 1) la responsabilidad para la ley, 2) acceso a la información, 3) independencia judicial, 4) eficacia del sistema judicial, 5) respeto a los derechos fundamentales, 6) efectiva implementación de las leyes, 7) acceso a la justicia y 8) ausencia de corrupción.

También hay una necesidad de administrar justicia. Por otro lado, la justicia es sólo un término sobreusado. Algunos puntos iniciales son

muy importantes: 1) justicia como equidad. Equidad se refiere a tener igualdad en los derechos para las libertades básicas y asegurar que las desigualdades beneficien a los miembros de la sociedad con menos ventajas; 2) búsqueda empírica de la justicia.

Con respecto al progreso, debemos de hacer notar la necesidad de afianzar las esquinas de la casa con soportes estructurales interrelacionados. Esto subraya la importancia del capital social, un campo estudiado por científicos y sociólogos políticos. El estado de derecho está considerado en un contexto social. Un paso más importante es considerar la pregunta sobre la conexión entre el sistema legal y el sistema social fronterizo.

El capital social está considerado tanto una condición importante para el crecimiento económico como un establecimiento de la democracia liberal. La importancia del capital social y su incremento han sido discutidos como una segunda generación de la reforma del modelo económico. Al mismo tiempo el estado de derecho está considerado en un contexto social. Por lo tanto la pregunta es ¿cómo podemos incrementar la reserva del capital social? Como capital social es un recurso esencial para la sociedad civil, hay límites hacia los que las acciones extendidas de los estados pueden contribuir.

¿Cuál es el núcleo substancial de este concepto clave, capital social? Esencialmente, es una especie de comunidad que no ata normas explícitas pero está basada en el sentimiento de solidaridad y confianza entre las personas. Fukuyama sugiere una definición práctica: “el capital social es una norma informal que promueve la cooperación entre dos o más individuos”. Putman señala que una característica especial del capital social, confianza, normas y redes de trabajo, es que son ordinariamente bienes públicos. El capital social, a diferencia de otras formas de capital, es frecuentemente producido como un producto de otras actividades sociales. Es importante analizar la esencia del capital social y su promoción desde la perspectiva de la sociedad civil, la gente.

### III

## JUSTICIA ADMINISTRATIVA-LA PIEDRA ANGULAR DEL FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO<sup>3</sup>

**Puntos para empezar.** Uno de los principios más importantes del estado de derecho es la conformidad de las autoridades públicas hacia la ley. El derecho de los ciudadanos cuestiona el comportamiento del gobierno, o el derecho de apelar las decisiones de las autoridades, también es una condición para el funcionamiento del estado de derecho, y una garantía para la justicia.

Cuando se refiere a garantizar la justicia para el ciudadano, el ejercicio del poder público, la administración y la jurisdicción relativa a la administración debe ser observada desde el punto de vista del ciudadano, como una entidad funcional. En general la prioridad del área es el funcionamiento de la administración y el desarrollo de los procedimientos administrativos. Para este propósito, muchos gobiernos han adoptado una legislación general para los procedimientos de la administración, y para tratar el código de conducta con las autoridades administrativas.

Incluso la administración pública está establecida en suelo sólido y bien organizada, los errores y abusos siempre ocurren. Así mismo las herramientas represivas para garantizar la justicia se necesitan para el propósito de rectificar estos errores y asegurar el fortalecimiento de las leyes. Esto es lo que el concepto “justicia administrativa” significa.

**Justicia y derecho de apelar del ciudadano.** La legalidad de la administración también está conectada al derecho de cuestionar las acciones tomadas por el poder público. Desde el punto de vista de los ciudadanos, esto implica tener suficientes medios para hacer de la legalidad

3 Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, martes 17 de marzo.

una decisión tomada por la autoridad administrativa, para ser examinada por un tribunal independiente.

Por lo tanto, en una base organizacional, los países, donde la disputa del establecimiento ha sido asignada por los tribunales generales, sin hacer una separación distintiva entre los casos civiles y criminales, pueden ser agrupados. Otra alternativa es establecer tribunales administrativos separados. Lo último es comúnmente la alternativa escogida en los países miembros de la UE. Un sistema funcional del tribunal administrativo y también las garantías del procedimiento para la justicia son elementos integrales sobre el entendimiento moderno del principio del estado de derecho en Europa.

El procedimiento es, considerablemente, menos caro en los tribunales administrativos que en los tribunales que siguen el procedimiento civil. Es por eso que muchos de los países bajo el régimen del derecho consuetudinario también han desarrollado sistemas alternativos, el llamado *tribunal de apelación*. Una clara tendencia global hacia el fortalecimiento de la justicia administrativa ha sido tomada en cuenta en la actividad de la Asociación Internacional de las Jurisdicciones Supremas Administrativas (AIHJA, IASAJ).

En principio, es importante enfatizar que el derecho del ciudadano de apelar es una decisión tomada por autoridades administrativas y no debe ser visto como un descuido administrativo, como muchos en el caso del sistema socialista; por el contrario, desde un punto de vista del ejercicio racional de la justicia, i.e., como una garantía para la realización del principio de derecho en un caso individual y como una negación del despotismo.

**El propósito de la justicia administrativa.** Cuando se organiza la estructura de los tribunales administrativos, la independencia de los jueces juega un papel específico e importante porque cuando hay una

disputa usualmente ocurre entre una entidad privada y una autoridad administrativa, un instrumento del poder público. La independencia del uso del poder judicial es una parte del equilibrio de la separación de los poderes. Sobre todo, la independencia de los tribunales garantiza la conformidad del gobierno hacia la ley y su camino indirecto asegura el nivel del legislador o básicamente del parlamento.

Países como Finlandia, que han adoptado el sistema separado de los tribunales administrativos, benefician por el hecho de que una decisión de apelación puede ser tomada directamente por la autoridad administrativa. De igual forma, el liderazgo sobre el proceso es más activo en el tribunal administrativo porque también tiene la responsabilidad de adquirir más información. Más aún, el procedimiento es considerablemente menos costoso en las cortes administrativas que en las cortes que cumplen con el procedimiento civil. Es por eso que también muchos de los países gobernados por el derecho consuetudinario han desarrollado sistemas alternativos, por el llamado *tribunal de apelación*.<sup>4</sup>

En principio, es importante enfatizar que el derecho del ciudadano de apelar en relación a una decisión tomada por una autoridad administrativa, no debe ser visto como una función de un descuido administrativo, como fue en el caso del Sistema Socialista, más bien, desde el punto de vista de los propósitos que resaltan el ejercicio de la justicia, que es una garantía para llevar a cabo el principio del estado de derecho en un caso individual y como una oposición al despotismo (Ver Ross, *Demokratia*, p. 181).

Aquí voy a hacer una reflexión sobre la función del derecho a apelar. La actividad de las cortes administrativas no es que tengan “un abrigo de administración y supervisión”, más bien la protección de la seguridad legal y la justicia en aspectos individuales. Sólo voy a resaltar la importancia de los tribunales independientes y la especialización, también

<sup>4</sup> Ver, por ejemplo, en los tribunales de Gran Bretaña: Garner, p. 166-, Wade, p. 197 – Bradley, p. 343 y de Estados Unidos: Gardner, p. 114 y Schwartz-Wade, p. 26–.

son aspectos legales necesarios en la vida cotidiana de los ciudadanos que han formado sólidas garantías para el desarrollo del estado de derecho, y también, indirectamente, para construir la confianza hacia el poder público.

Como ya hemos mencionado la independencia de los tribunales sostiene una posición clave para asegurar el desarrollo del estado de derecho. Independencia significa dependencia tanto en la Constitución como en la legislación, y en el desarrollo general de la sociedad. Así mismo, la independencia no significa aislamiento de la realidad social y solamente leer la ley. Desde este punto de vista la independencia de un juez no ha sido creada por él mismo, sino para asegurar un juicio justo y una protección legal de los ciudadanos.

Cuando se organiza la estructura de los tribunales administrativos, la independencia de los jueces juega un papel importante porque cuando hay una disputa, usualmente ocurre entre la entidad privada y una autoridad administrativa, como un instrumento del poder público. La independencia del uso del poder judicial es parte del equilibrio de la separación de los poderes.

**Diferentes tipos de sistema.** Como ya se mencionó, los sistemas judiciales pueden ser agrupados dependiendo de si existen tribunales administrativos, con el propósito de resolver las disputas sobre el uso del poder público, o si la resolución de estos tipos de cuestiones legales ha sido asignada a las cortes generales, sin hacer una distinción significativa entre ellos, las disputas civiles y los asuntos criminales.

En lo que concierne a garantizar la justicia de los ciudadanos, sin embargo, a veces pequeñas diferencias entre estos sistemas, y también hay distintas variaciones entre ellos. La característica común, a pesar de las diferencias en la administración, es el hecho de que las disputas que surgen en la administración pública son tratadas por jueces especializa-

dos en el campo. Esto también se da en estados que no cuentan con un sistema de tribunal administrativo separado.

Organizar la justicia administrativa, como ya se ha mencionado, no es una pregunta sobre organizar el poder tanto como una garantía legal en el uso del mismo. Una tendencia generalizada en el desarrollo ha sido el fortalecimiento de medios administrativos de apelación en los países donde los actuales tribunales administrativos no existen. Los países nórdicos, Islandia y Noruega, no tienen tribunales administrativos; Dinamarca sólo tiene algo similar al tribunal administrativo en un nivel regional. De los veintisiete Estados miembros de la Unión Europea, quince cuentan con un supremo tribunal administrativo.<sup>5</sup> Cinco estados tienen divisiones separadas para la justicia administrativa en sus más altos tribunales.<sup>6</sup> Algunos Estados miembros de la UE sólo tienen tribunales administrativos en sus más bajos niveles (Estonia y Latvia como ejemplos), mientras que, por ejemplo, la República Checa no cuenta con un nivel bajo de tribunales administrativos aunque sí tiene un Tribunal Supremo Administrativo separado.<sup>7</sup>

En particular Suecia, Alemania y Francia han influenciado la justicia administrativa finlandesa. En la siguiente parte, repasaré los sistemas de los tribunales administrativos de estos países y, posteriormente, compararé los sistemas de otros países; después describiré con más detalle el sistema de los tribunales administrativos finlandeses y sus principios operativos.

A fin de adquirir una perspectiva histórica, es apropiado primero, caracterizar el nacimiento del sistema del tribunal administrativo, específicamente en Alemania, el cual, en muchos casos, ha sido un pionero en el desarrollo de la justicia administrativa en Europa.

5 Países Bajos, Bélgica, Grecia, Italia, Austria, Lituania, Luxemburgo, Polonia, Portugal, Francia, Suecia, Alemania, Finlandia, República Checa y Rumania, ver *La justicia administrativa*, 2007, p. 21.

6 España, Latvia, Eslovaquia, Hungría y Bulgaria, ver *La justicia administrativa*, 2007, p. 21.

7 *La justicia administrativa*, 2007, s. 21.

**Pasado histórico para garantizar la justicia de los ciudadanos.** En los años de 1800, en el continente europeo, se abrió paso la política, la economía, y gradualmente también los modos de la cultura liberal sobre el pensamiento, guiaron hacia el inicio del desarrollo de la llamada era *constitucional*. El despertar de las ideas del estado de derecho conlleva al llamado para una mejor protección de la ley para los ciudadanos contra el uso del poder público. Inicialmente, hubo una controversia sobre si el establecimiento de las disputas relacionado a los asuntos administrativos debiera ser asignado a los tribunales generales o a los tribunales administrativos que gradualmente pudieran separarse de las autoridades administrativas.<sup>8</sup>

En Alemania, la idea del establecimiento de los tribunales administrativos despertó a inicios del año 1800, aunque todavía la Constitución (*Paulkirchenverfassung*) de 1849, §182 pretende suspender el poder judicial de las autoridades administrativas como el establecimiento de la apelación para las cortes generales (ver Sellman, p. 80, Wolff, p. 355). No obstante, el hecho no tuvo más que un significado histórico (Menger, p. 54), el primer tribunal administrativo fue establecido en 1863 en el Gran Ducado de Baden. Otro estado alemán después siguió el mismo ejemplo. Cuando la Constitución de Weimar de 1919, Art. 107, requirió a los estados que los tribunales administrativos se acomodaran con el fin de “proteger a los individuos”, Bremen tomó lugar como el último estado en 1924.<sup>9</sup>

La jurisdicción de estos tribunales administrativos fue compuesta de muchos modos distintos y frecuentemente también aplicaron la jurisdicción general, con la llamada *cláusula general*. La más antigua fue la cláusula general Wurttemberg de 1876 (Fleiner p. 241).

8 Yo contemplé en estas raíces de la justicia administrativa en la década de los 70 cuando trabajaba en mi tesis de doctorado en el campo de la apelación administrativa (publicada en 1978).

9 Ver Fleiner, pp. 235-245, Walter Jellinek, pp. 92-96 y Merk, 1906.

Originalmente, “los derechos subjetivos”, fueron desarrollados a través de la ley civil, pudieron haber sido extendidos hacia el área de la ley pública, como el estado fue considerado, conforme a la doctrina *fiscus*, derivada del Derecho Romano, ser una entidad legal atada por la ley.<sup>10</sup>

La examinación de la fundación del estado de derecho fue construida solamente en el trabajo del jefe Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* (1895). El sistema de los derechos públicos subjetivos después fue presentado en el sólido análisis de Georg Jellinek, *System der Subjektiven öffentlichen Rechte* 1905. La antigua investigación de Ottmar Buhler (*Die Subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der Deutschen Verwaltungsrechtssprechung* 1914) ha tenido quizá más significado en la práctica.<sup>11</sup>

Este pequeño repaso histórico de los derechos públicos subjetivos es apropiado porque explica la naturaleza detallada de la dirección de la apelación a finales de los años 1800, también como un tardío desarrollo de las tendencias de la justicia administrativa alemana.

### *El sistema de tribunales administrativos en algunos países europeos*

**Alemania.** El sistema de tribunal administrativo alemán y el número de tribunales de diferentes niveles en él, forman tribunales administrativos de tres niveles. En el primer nivel hay cincuenta y dos cortes administrativas (*Verwaltungsgerichte*). El nivel de apelaciones consiste

10 Ver Mayer, pp. 47, Georg Jellinek, p. 32, Walter Jellinek, pp. 201-203 y Forsthoff, pp. 24 y 184. Georg Friedrich von Gerber *compuso* la primera presentación sistemática de las posibilidades sobre los derechos públicos subjetivos (*Über öffentliche Rechte* 1852).

11 Debemos dejar de lado las controversias de la esencia del derecho público subjetivo. Hacemos notar que Buhler la ha caracterizado como una relación entre la entidad privada y el poder público que ha sido establecida con una norma legal obligatoria y ha servido para los intereses privados de las personas y ha fortalecido su derecho de apelar en el poder público. Ver Buhler, pp. 21 y 509. Este tercer elemento característico, “posibilidad legal”, fue la razón para la distinción entre los derechos públicos subjetivos y los otros efectos objetivos del sistema legal. Concerniente a este segundo grupo, los llamados *derechos débiles los ciudadanos*, no pudieron hacer demandas en la administración (ver Georg Jellinek, pp. 70 y 79).

en dieciséis cortes administrativas (*Oberverwaltungsgerichte*). El tribunal de más alto nivel es *Bundesverwaltungsgericht*, donde se necesita una licencia con el propósito de presentar una apelación.

El órgano fiscal del tribunal más alto, *Bundesfinanzhof*, donde la decisión de las apelaciones puede tomarse en diecinueve cortes fiscales (*Finanzgerichte*). Para los asuntos sociales hay tres niveles en el sistema de los tribunales. El primer nivel consiste en sesenta y nueve tribunales sociales (*Sozialgerichte*) y el nivel intermedio en dieciséis cortes supremas sociales (*Landessozialgerichte*). *Bundessozialgerichte* funciona como el nivel de corte más alto.

El derecho general a apelar de las decisiones administrativas es hoy en día, como se mencionó anteriormente, constitucional, como el Artículo 19 de la Constitución *Rechtsweg* y debe ser accesible a todos, cuyos derechos hayan sido violados por las autoridades públicas. Esta llamada *cláusula general* fue considerada como el reconocimiento escrito del primer desarrollo, y hoy en día está liberado de los previos conceptos con construcciones complicadas (ver Mortell, p. 137; Koehler, p. 576).

**Francia.** En Francia, la justicia administrativa ha evolucionado en una suprema corte administrativa a favor de la jurisdicción del Consejo de Estado establecido en 1878. No obstante, las raíces del sistema administrativo de justicia pueden ser detectadas cuando se observa la legislación temprana después de la era de la guerra revolucionaria de 1789. En este tiempo, el principio fue adoptado (Art. 52 de la Constitución VIII de 1789), y las cortes no pudieron establecer las apelaciones hechas en base a las autoridades administrativas con la excepción de las violaciones hacia la libertad individual, en este contexto, las apelaciones eran hechas por el Rey (ver von Laun, p. 118, Letourneur, p. 337 y Maas, p. 82).

Durante la era napoleónica, los casos eran asignados al reconocido Consejero de Estado y la Comisión de Litigios (*Commission du Contentieux*), establecida a su lado. Un pequeño repaso histórico es apropiado para este punto.<sup>12</sup>

Hoy en día en los tribunales generales en Francia hay un sistema de tres niveles. El primer nivel incluye los cuarenta y dos tribunales llamados Tribunal Administrativo. En el nivel intermedio, hay ocho cortes llamadas Cortes Administrativas de Apelación. El más alto nivel de la corte, el Consejo de Estado, funciona como una Corte de Casación que no está envuelto en la investigación de los hechos, porque procesa las decisiones de apelación en la Corte Administrativa de Apelación. El Consejo de Estado procesa las decisiones tomadas por el Tribunal Administrativo sobre las apelaciones en ciertos asuntos.

El Consejo de Estado es también el primer y último nivel de la corte donde se llevan a cabo las apelaciones hechas bajo las decisiones de los órganos nacionales y las regulaciones de las autoridades administrativas. Las apelaciones en el Consejo de Estado envuelven un proceso permisivo (hoja judicial): el permiso será declinado, si hay algo que impida el procedimiento, o si existe una razón que no haya sido tomada para sustentar la apelación.

Las opciones para apelar han sido organizadas gradualmente en la praxis judicial. Hay dos significados comunes de apelación (*recours contentieux*) del cual el tipo de apelación de anulación (*recours pour excès de pouvoir*) es en el uso casi sin excepción que conlleva a actos administrativos unilaterales, o decisiones administrativas en general,<sup>13</sup> y la representación para la apelación (*recours de pleine juridiction*) es adecuado

12 El recurso usado en la estructura de este párrafo, también, fue la representación del Consejo de Estado en <http://juradmin.eu>. El recurso de los detalles históricos de las últimas décadas lo encuentran en el Consejo de Estado, Liber Memorialis 1948-1998.

13 En el pasado, la apelación de anulación tuvo algunas leyes civiles de procedimiento que el Consejo de Estado originalmente aplicó a los procedimientos de la justicia administrativa (ver von Laun, p. 122, Letourneur, p. 340 y Fromont, p. 249).

para interpretar contratos públicos y asuntos remuneratorios (Ule, p. 276 y Stall, pp. 149-152). Este tipo de apelación es usada también en los casos de impuestos. En Francia, los procesos de las regulaciones fueron compilados en el 2000 en un código general, llamado *Código de Justicia Administrativa*.

Junto al sistema de apelación en los tribunales administrativos un recurso de procedimiento administrativo (*recours administratif*), libre de los requerimientos formales, ha durado. La presentación del recurso administrativo no se ha conocido formalmente como una precondition para apelar en la corte administrativa.

Como podemos notar, el derecho general de apelar las decisiones de las autoridades administrativas, ha llegado a ser claramente una regla general en Francia. El control sobre la responsabilidad administrativa de la ley es generalmente considerado un propósito del proceso de apelación aunado al propósito de proteger los derechos privados del ciudadano. Por lo tanto, la teoría sobre los derechos públicos subjetivos no ha limitado el sistema de apelación, en cuanto al previamente mencionado desarrollo de la justicia administrativa alemana.

**Suecia.** El sistema de la corte administrativa de Suecia es el resultado de un largo desarrollo histórico que comparte sus raíces con la parte occidental del país, Finlandia, desde el año de 1809. Sobre las raíces de la apelación del sistema administrativo debemos mencionar que las reformas organizacionales fueron llevadas durante las reformas gubernamentales (Constitución de 1634), al mismo tiempo cuatro colegios fueron establecidos para operar bajo la regla y junto con la apelación contemporánea de los tribunales generales y los “tribunales reales” (*hovrätt*); también, los sistemas administrativos de bajo nivel fueron reforzados.

Desde el inicio, los colegios tuvieron tareas judiciales administrativas (Hermanson, p. 442, Herlitz, p. 120). Aunque no llevaron a un final, el derecho tradicional para hacer apelaciones al Rey, ellos marcaron un

punto de referencia para el desarrollo posterior del sistema del tribunal administrativo, y la separación de los procedimientos judiciales de administración de los asuntos civiles y criminales, que subsecuentemente llevó a la división del sistema del tribunal en dos ramas importantes.

Las cortes en Suecia se organizan de dos distintas maneras: las cortes generales y las cortes administrativas generales. Las cortes generales manejan casos criminales y disputas civiles entre los individuos, i.e.: disputas de la ley civil. Las cortes administrativas generales son los tribunales de distrito, los tribunales de apelación y la Suprema Corte. Las cortes administrativas generales, principalmente, tratan los casos relacionados entre la autoridad pública y la privacidad individual. Las cortes generales administrativas están en el lugar de las cortes administrativas, las cortes administrativas de apelación y la Suprema Corte Administrativa.

Así, en Suecia, hay un sistema de tribunales administrativos que tiene tres niveles separados. El tribunal administrativo de más alto nivel, o el tribunal supremo administrativo (*Högsta förvaltningsdomstolen*, o *Regeringsrätten* hacia el año 2011) fue establecido en 1909 y funciona como un tribunal que sienta precedentes (reglas preliminares). Los cuatro tribunales de apelación administrativos (*kammarrätt*) conforman el nivel intermedio y los doce tribunales administrativos (*förvaltningsrätt*) el primer nivel. Un formato de apelación es requerido para llenar la queja. En muchos casos este formato es requerido para revisar las decisiones de las apelaciones de las cortes administrativas por los tribunales de apelación.

Desde el 2006, tres de los tribunales administrativos se han especializado en asuntos sobre migración (*migrationsdomstol*), donde uno puede apelar la decisión de la Frontera Migratoria Sueca (*Migrationsverket*). El nivel de apelación, en el tribunal migratorio (*migrationsöverdomstol*), es el tribunal administrativo de apelación de Estocolmo.

También los casos ambientales tienen su propio método de procedimiento específico que incluye un tribunal ambiental y la posibilidad de hacer apelaciones a uno de los tribunales de apelación civil o criminal. Un tribunal también se ha establecido para la competencia de la ley, el tribunal de mercado (*marknadsdomstol*), que no tiene el derecho de apelación al Tribunal Supremo Administrativo. La estructura del sistema judicial, con las reformas de los últimos años, se ha fragmentado más que la de Finlandia.

**Gran Bretaña.** El derecho escrito (*statutory law*) ha sido relativamente limitado; sin embargo, su relevancia se incrementa en los países que se rigen por el derecho consuetudinario, es decir, Gran Bretaña y las naciones que reconocen la autoridad de la Corona Británica (*Commonwealth*) y los Estados Unidos de América. Por lo tanto, el arreglo y la relación de los sistemas para proteger la legalidad ha sido lentamente formado de manera relativa sin el apoyo legal (ver Jennings, p. 219, Garner, p. 175 pp., y White, p. 510). Durante las últimas décadas, en cuanto el gobierno central se ha expandido y nuevas autoridades administrativas se han establecido, algunas preguntas sobre el acceso a la justicia han cobrado más atención en estos países también.<sup>14</sup>

En el año 2000, la vieja orden 53 de las Reglas de la Suprema Corte fueron remplazadas por la Parte 54 de las Reglas del Procedimiento Civil ("la CPR"). El presente procedimiento de revisión y análisis judicial difiere significativamente del anteriormente aplicado. Los tribunales orgánicos (*statutory tribunals*) primero fueron establecidos a inicios del siglo XIX para tratar las disputas en relación con la legislación regulatoria introducida en la Revolución Industrial.

Subsecuentemente, un largo número de tribunales individuales fueron establecidos para resolver un número creciente de decisiones admi-

<sup>14</sup> Este repaso, así como el anterior, está principalmente basado en el material de <http://juradmin.eu>.

nistrativas.<sup>15</sup> Los cambios legislativos requirieron implementar sus recomendaciones fueron contenidos en los tribunales, las cortes y el Acta de Ejecución de 2007, que estableció un sistema de tribunal unificado con la creación del Primer y Máximo Tribunal que ha tenido el Reino Unido con una jurisdicción amplia. Hay un número de jurisdicciones diferentes de tribunales, ahora ejercidas por éste; sin embargo, algunos tribunales permanecen fuera de este sistema, incluyendo los tribunales “reintegrados” (*devolved*) en Escocia e Irlanda del Norte.

Las cortes y las actas de ejecución (2007) también hicieron una provisión para la transferencia de la revisión judicial de clases hacia el Máximo Tribunal. Generalmente, en los últimos veinte años, ha habido un incremento sustancial en el alcance de la revisión judicial en el número de aplicaciones para éste.

La revisión judicial de los actos administrativos tiene como objetivo determinar si las autoridades administrativas toman sus propias decisiones en cumplimiento con la ley y con el respeto de los derechos individuales. En eso consiste la revisión, si al individuo se le ha dado un trato justo por la autoridad que tomó la decisión en relación a él, y garantiza la apropiada reparación si estos requerimientos no han sido cumplidos.

Hemos descubierto cómo el proceso tradicional del derecho consuetudinario de la Gran Bretaña ha ganado un fuerte proceso administrativo. La Corte considera que el proceso relacionado con los antecedentes tiene un modo interno flexible para procesar la apelación en la administración. El llamado sistema del tribunal ha crecido gradualmente y ha llegado a ser una alternativa para un proceso general de la corte.

Como conclusión debemos señalar que la revisión administrativa y la apelación judicial son opciones disponibles que casi sin excepciones

15 *The Franks Review* (1958) fue el primer repaso del sistema y fue seguido por la Ley de Consulta de 1958. El sistema experimentó el repaso por sir Andrew Leggatt en 2001. Ver también Garner, p. 185, previamente, el derecho a la revisión judicial había sido examinado en las llamadas reflexiones del Comité de Robson en los poderes del Ministerio, a principios de 1932.

conciernen a la autoridad administrativa y también, con limitaciones en ciertos tipos de apelación, a las acciones de la Corona.<sup>16</sup>

Las decisiones del gobierno generalmente obtienen su forma legal de un sólo ministro o del llamado Consejo de Estado; la legalidad de estas decisiones puede ser llevada ante la corte. Llevar un caso ante la corte, conlleva normalmente a llenar una queja contra la autoridad, aunque en ciertos casos, eso puede llevarse a cabo usando la opción de la apelación regulada (Ver Wade, pp. 47-49). Una larga queja establecida y los tipos de apelación hacen el mecanismo original. El poder de la corte para revocar o revisar una decisión de la autoridad administrativa depende del tipo de queja.<sup>17</sup> Sir Harry Woolf ha sido un pionero en la seguridad de la justicia de los ciudadanos antes de la autoridad administrativa.

En lo relativo a los asuntos administrativos convencionales, llenar una queja en un tribunal, que han sido establecidos para las apelaciones, ha reemplazado los procedimientos en la corte convencional. Una ventaja del procedimiento del tribunal es el sencillo método para iniciar un caso, bajos costos, asegurando la disponibilidad de un experto y los procedimientos libres de una formalidad forzada (ver Bradley, p. 350, Lawson-Bentley, p. 63).

**Estados Unidos de América.** Al igual que en Gran Bretaña, un derecho general de apelación en las cortes sobre asuntos administrativos ha sido desarrollado en los Estados Unidos junto con el sistema de corte escrita. El derecho a apelar ha ganado un nivel formal judicial en la ley de administración de 1946. Esta ley (Acto que mejora la administración de la justicia prescribiendo un procedimiento administrativo justo,

16 Un principio sobre la infalibilidad y la inmunidad del Rey fue desmantelado, como ya se ha dicho, a finales de 1947, con los llamados procedimientos de los Actos de la Corona. Ver Aris, p. 380, Bradley, p. 331, y Phillips, p. 669.

17 Estos tipos generalmente incluyen quejas del derecho consuetudinario en casos contractuales, las quejas del *habeas corpus* contra un arresto ilegal, una prerrogativa de la corte que escribe quejas, remedio (*mandamus*), prohibición y un escrito para la revisión judicial (*certiorari*). También los terrenos de la apelación han sido organizados específicamente para tipos de apelación arreglados con las provisiones del derecho escrito.

APA), fue el resultado de un proceso multifacético, durante el cual numerosas propuestas fueron hechas para establecer las cortes administrativas (Byse-Riegert, pp. 413-415 y Becker-König, p. 61).

El área de aplicación de la ley de administración es amplia. No incluye arbitraje, incorporación al servicio militar o algunas medidas disciplinarias militares. El área de aplicación incluye todo lo administrativo, excepto para el congreso, las cortes y algunas instituciones de la administración central.

### *Principales características del sistema de justicia administrativo finlandés*

Cuando Finlandia proclamó su independencia, las Supremas Cortes independientes fueron establecidas en 1918, y el departamento económico del Senado llegó a ser la Suprema Corte Administrativa y tanto el Consejo de Estado, como del departamento de justicia se convirtieron en la Suprema Corte.

El nivel constitucional de la Suprema Corte Administrativa de los jueces fue verificada en la Constitución de 1919. Esto acertó la distribución de las funciones del gobierno, de acuerdo con la doctrina de la separación de los poderes, y al § 3 de la Constitución de hoy en día.

La pregunta sobre las dimensiones de la jurisdicción de la corte, así como el derecho de apelación quedaron de resolverse en las próximas décadas durante el proceso de estabilizar la organización administrativa.<sup>18</sup> Gradualmente, la división hecha en tres jerarquías en el Consejo de Estado y los Ministros, la más alta autoridad administrativa y las autoridades de los más bajos niveles administrativos fueron adoptadas.

18 El hecho de que Finlandia siguiera la propuesta del campo operacional de la Suprema Corte Administrativa debe ser posiblemente general, en las mencionadas reflexiones de 1907 de Hj. L. Hammskiöld, realizadas en el año anterior a que la Suprema Corte de Suecia fuera establecida como un interesante pasado histórico.

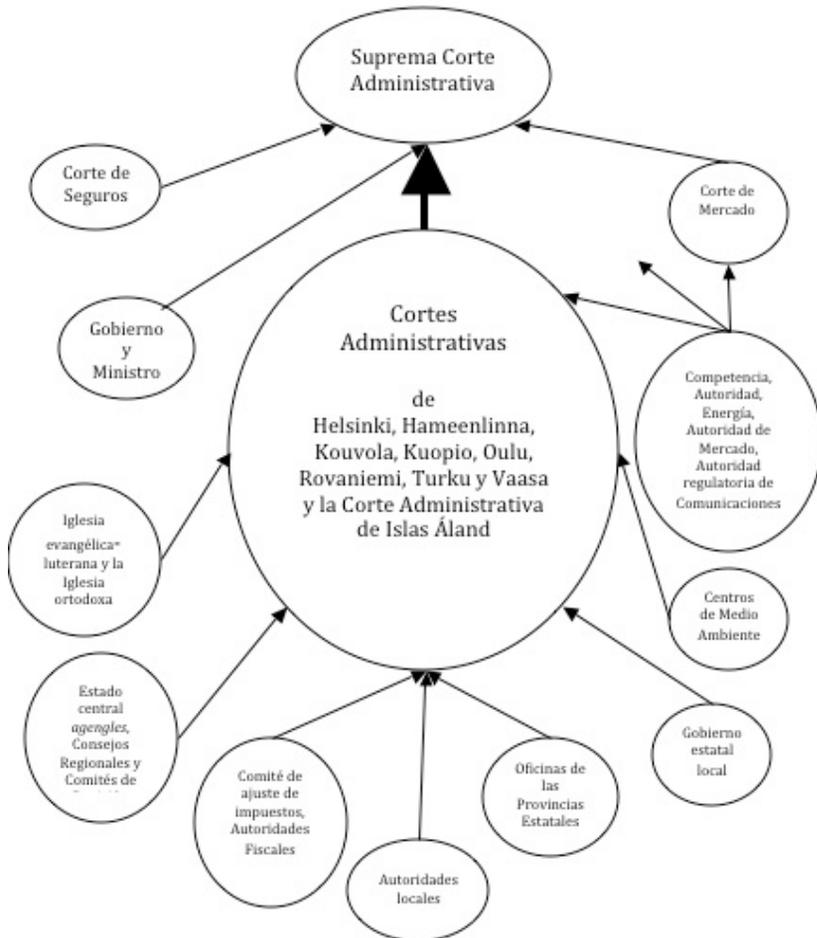
Esta categorización posteriormente fue reflejada en la preparación de las regulaciones del proceso de apelación. La más difícil fue la pregunta sobre cómo organizar un proceso de apelación para las decisiones del Consejo de Estado, el más alto órgano gubernamental. Esta pregunta no fue puesta sobre la mesa cuando se estableció la Suprema Corte Administrativa, en el departamento económico del Senado, los asuntos administrativos y judiciales fueron unificados.

En la Ley de la Suprema Corte Administrativa de hoy (2006), el campo de la Corte de jurisdicción está identificado de una manera más general; sin embargo, cuando se refiere a las apropiadas regulaciones que la suprema corte administrativa “ejerce el poder judicial y la instancia final en los asuntos del procedimiento administrativo”.

En el procedimiento las regulaciones de hoy en día fueron compiladas en la Ley del Procedimiento Judicial Administrativo en 1996. Es el propio código práctico de las cortes administrativas que incluye las regulaciones, tanto en la normal como en la apelación extraordinaria y en los procedimientos de las cortes administrativas.

El sistema finlandés está dividido en dos ramas: las cortes generales, que son responsables de los casos civiles y criminales, y las cortes administrativas que tratan sobre el uso del poder público. Las cortes generales consisten en la Suprema Corte, las Altas Cortes y las Cortes de Distrito; las cortes administrativas consisten en la Suprema Corte Administrativa y en las cortes administrativas regionales. Las cortes especiales son las cortes laborales, las cortes mercantiles y en ciertos casos, la corte de seguros (*insurance court*).

## SISTEMA ADMINISTRATIVO DE APELACIÓN



En años recientes, los estudios sobre la realización de la justicia del ciudadano, desde un punto de vista funcional, observar la administración y la justicia administrativa como una entidad funcional, ha sido enfatizada a pesar de los diferentes campos operacionales. En Finlandia, la administración pública también produce una gran parte de los servicios sociales.

Incluso, en los países pequeños como Finlandia, muchas decisiones son tomadas anualmente en el primer nivel administrativo en los campos de asuntos fiscales, seguridad social, economía y negocios, medio ambiente y ciudades, sólo por citar algunos. Anualmente, miles de recursos, en otras palabras, peticiones para ratificar errores internos de la administración son manejados, respectivamente, por la autoridad administrativa.

Los miembros de la Unión Europea (UE) han afectado el modo como es aplicada la justicia administrativa en los Estados Miembros de muchas maneras. Debido a la naturaleza de ley pública de la ley de la UE, muchos de los estados disputan los derechos que pertenecen a la jurisdicción de las cortes administrativas. La Justicia de la UE fue originalmente construida bajo los principios de la ley administrativa y su jurisdicción es principalmente administrativa. También en la Corte Europea de Justicia de Luxemburgo.<sup>19</sup>

La ley de la UE puede ser aplicada en los casos administrativos de distintas formas. El derecho consuetudinario aplica no sólo a los Estados miembros, también a los individuos y a las comunidades directamente. Por lo tanto, las cortes nacionales, que aplican no sólo a la ley nacional, sino también a la ley de la UE, son particularmente importantes en el sistema. No obstante, primero las circunstancias deben ser

19 Ver los siguientes artículos en libro del 90 aniversario de la Suprema Corte Administrativa: Allan Rosas, *El libre movimiento de las personas y los beneficios sociales*, p. 644 pp., y Vassilis Skouris, *Aspectos de la seguridad legal en la jurisprudencia reciente de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas*, p. 679.

identificadas, y generalmente éstas tienen puntos conectados con la Ley de la Unión Europea basada en la legislación actual. Si no fuera el caso, la UE no podría imponer requerimientos procesales.

## IV

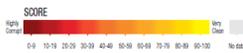
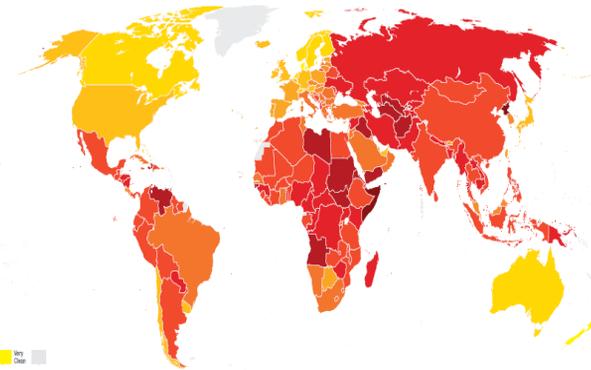
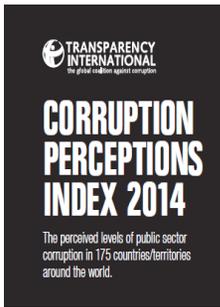
### DEFINIENDO CORRUPCIÓN Y TRANSPARENCIA<sup>20</sup>

**¿Luchar contra la corrupción?** No hay una sola definición, comprensiva o universalmente aceptada para corrupción. Intentar desarrollar esta definición es invariable en el contexto legal, criminológico y, en muchos países, problemas políticos.

En la literatura de corrupción una distinción es frecuentemente hecha entre los clásicos y los modernos conceptos de corrupción. El clásico modelo de corrupción data desde los tiempos de Aristóteles y Platón y tiene un significado moral: se refiere a una moral en decadencia de los humanos y de la sociedad, que es causada por una excesiva concentración de poder. El significado moderno de corrupción es limitado, libremente más valorado, y está basado en la característica de un Estado moderno, la separación de lo público y lo privado. Está entendido como una relación distorsionada entre el Estado y la sociedad.

*Transparency International* (TI) define corrupción como “el abuso de un poder encomendado para una ganancia privada”. Esta definición de corrupción representa un fenómeno fronterizo donde los agentes privados también comparten la responsabilidad con los servidores públicos. La corrupción representa un desafío tanto para el sector privado como para el sector público.

<sup>20</sup> Instituto de la Judicatura Federal. Asociación Nacional de Jueces y Magistrados, miércoles 18 de marzo.



RANK	COUNTRY/TERRITORY	SCORE	RANK	COUNTRY/TERRITORY	SCORE	RANK	COUNTRY/TERRITORY	SCORE	RANK	COUNTRY/TERRITORY	SCORE
1	Denmark	90	21	Chile	73	81	Algeria	36	151	Uganda	27
2	New Zealand	91	22	Luxembourg	72	82	China	36	152	Russia	27
3	Finland	89	23	Austria	72	83	Bahrain and Hong Kong	36	153	Sierra Leone	31
4	Sweden	87	24	Cape Verde	67	84	Guatemala	36	154	Comoros	28
5	Norway	86	25	Korea (South)	59	85	Botswana	35	155	Burundi	20
6	Dutch East Indies	86	26	Latvia	59	86	Malta	35	156	Dominican Republic	20
7	Singapore	84	27	United Arab Emirates	59	87	Oman	35	157	Yemen	19
8	Netherlands	83	28	France	69	88	Morocco	35	158	Ukraine	26
9	Luxembourg	82	29	Costa Rica	54	89	India	35	159	Armenia	19
10	Canada	81	30	Cuba	59	90	Kenya	35	160	Bangladesh	25
11	Australia	80	31	Hungary	54	91	Burkina Faso	35	161	Burkina Faso	19
12	Germany	79	32	Malta	54	92	Kenya	35	162	Guinea	25
13	Iceland	79	33	Portugal	63	93	South Africa	35	163	Haiti	19
14	United Kingdom	78	34	Cyprus	63	94	Brazil	35	164	Vanuatu	19
15	Belgium	78	35	Puerto Rico	63	95	South Africa	35	165	Laos	26
16	Japan	76	36	Guatemala	63	96	Poland	35	166	Papua New Guinea	25
17	Switzerland	74	37	Spain	63	97	Philippines	35	167	Uzbekistan	18
18	Hong Kong	74	38	France	69	98	Indonesia	34	168	Central African Republic	18
19	Vietnam	74	39	Denmark	68	99	Albania	34	169	Timor-Leste	18
20	United States	74	40	Lithuania	58	100	Burkina Faso	35	170	Paraguay	24
							Guinea	35	171	Congo Republic	23
							Senegal	35	172	Madagascar	23
							Sierra Leone	35	173	Tajikistan	23
							Yemen	35	174	South Sudan	18
							Ukraine	35	175	Chad	23
							Kenya	35	176	Algeria	12
							Ukraine	35	177	Democratic Republic of the Congo	11
							Ukraine	35	178	Guinea	23
							Ukraine	35	179	Kenya (North)	8
							Ukraine	35	180	Comoros	21
							Ukraine	35	181	Dominican Republic	21
							Ukraine	35	182	Malawi	21
							Ukraine	35	183	Madagascar	21
							Ukraine	35	184	Madagascar	21
							Ukraine	35	185	Madagascar	21
							Ukraine	35	186	Madagascar	21
							Ukraine	35	187	Madagascar	21
							Ukraine	35	188	Madagascar	21
							Ukraine	35	189	Madagascar	21
							Ukraine	35	190	Madagascar	21
							Ukraine	35	191	Madagascar	21
							Ukraine	35	192	Madagascar	21
							Ukraine	35	193	Madagascar	21
							Ukraine	35	194	Madagascar	21
							Ukraine	35	195	Madagascar	21
							Ukraine	35	196	Madagascar	21
							Ukraine	35	197	Madagascar	21
							Ukraine	35	198	Madagascar	21
							Ukraine	35	199	Madagascar	21
							Ukraine	35	200	Madagascar	21

© 2014 Transparency International. All rights reserved.

#cpi2014  
[www.transparency.org/cpi](http://www.transparency.org/cpi)

La corrupción es un obstáculo para el desarrollo. La corrupción distorsiona el crecimiento económico y amenaza la democracia, el estado de derecho y los derechos humanos. Es una preocupación para los individuos, las sociedades, el sector privado y las organizaciones internacionales. La seriedad de la corrupción es un fenómeno ampliamente reconocido.

El Banco Mundial estima al menos \$1.000 billones de movimientos anuales de corrupción. Los países en desarrollo ofrecen una tierra fértil para la corrupción, incluso en el promedio 20-40% de la ayuda del desarrollo hacia el soborno. En este sentido la corrupción dificulta el desarrollo, especialmente en las regiones más pobres del planeta.

En Europa la corrupción es parte de la euro-crisis. De los estados miembros de la UE la corrupción ha aumentado en Grecia, Irlanda e Italia. En Italia se ha estimado que el negocio de la mafia ha crecido en un 10% en el GDP. Anualmente, el ingreso de los impuestos por 100 billones de euros está perdido en una economía subterránea.

*Transparency International* (TI) tiene una amplia gama de herramientas en el índice de corrupción, tanto a nivel global como a nivel local. TI guió las medidas globales de la corrupción por el lanzamiento del Índice de Percepciones de Corrupción (IPC) en 1995.

Los principales índices de TI para medir la corrupción a nivel global son: el Índice de Percepciones de Corrupción (IPC), el Barómetro Global de Corrupción (BGC) y el Índice de los Pagos a través de un Soborno (IPS). IPC es la más conocida encuesta sobre corrupción, la mide en el sector público y está determinada por expertos; mientras que el BGC toma en cuenta, en general, la voz pública y las actitudes de los estudios públicos y la experiencia de la corrupción. IPS se enfoca en el apoyo de la corrupción y la probabilidad de las firmas de los países industrializados que sobornan en el extranjero.

Lanzado por primera vez en 1995, IPC es una de las más conocidas y citadas medidas de corrupción. IPC establece la categoría de casi doscientos países alrededor del mundo, en términos de un grado donde la corrupción se percibe que existe entre los oficiales públicos y los políticos, como ha sido determinado por la valoración de los expertos y las encuestas de opinión.

Además, examina las políticas y las instituciones, no el desarrollo del ingreso que puede depender de fuerzas externas al control de los países. Mira a dieciséis distintas áreas agrupadas en cuatro conjuntos. Para cada criterio, son proveídas muchas guías detalladas para ayudar al Banco Mundial a marcar de manera individual en una escala del 1-6 a los países.

Los cuatro conjuntos de las CPI's y los 16 criterios son:

A. CONJUNTOS DEL MANEJO ECONÓMICO	B. CONJUNTO DE LAS ESTRUCTURAS POLÍTICAS	C. CONJUNTO EN LAS POLÍTICAS PARA LA INCLUSIÓN SOCIAL Y LA IGUALDAD	D. CONJUNTO DE INSTITUCIONES Y MANEJO DEL SECTOR PÚBLICO
1. El manejo macroeconómico	4. Marca	7. Igualdad de género	12. Los derechos apropiados y el gobierno basado en el estado de derecho
2. La política fiscal	5. El sector financiero	8. La igualdad del uso	13. La cualidad presupuestaria y el manejo financiero
3. La política de deudas	6. El ambiente regulatorio de los negocios	9. La elaboración de recursos humanos	14. La eficiencia de la movilización de los ingresos
		10. La protección social y laboral	15. La cualidad de la administración pública
		11. Políticas e instituciones para la sustentabilidad ambiental	16. La transparencia, contabilidad y la corrupción en el sector público

La práctica de la corrupción toma lugar en todos los niveles de la sociedad. Estas prácticas varían cada día, desde los pagos ilegales en las escuelas hasta las más indignantes registradas por el Estado. Los principales tipos de corrupción pueden ser divididos en la corrupción burocrática, corrupción política y estatal. La corrupción es susceptible de variaciones a lo largo del tiempo y del espacio. Las principales formas de corrupción son el soborno, la extorsión, el favoritismo y la malversación, el conflicto de intereses y el fraude.

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (UNCAC, por sus siglas en inglés) no define la corrupción como tal. Más bien define actos específicos de corrupción que deben ser considerados en cada jurisdicción abarcada por la UNCAC. Estos actos específicos están descritos en el *Handbook* bajo el título "Entendiendo el fenómeno de la corrupción".

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción tiene ocho capítulos, con un total de setenta y un artículos. Los capítulos son: Disposiciones generales, medidas preventivas, Penalización y aplicación de la ley, Cooperación internacional, Recuperación de activos, Asistencia técnica e intercambio de información, Mecanismos de aplicación y Disposiciones finales.

UNCAC es única, no sólo en su cobertura mundial, sino también en sus amplias disposiciones, que reconocen la importancia de las medidas punitivas y preventivas. Muchas medidas preventivas estipuladas por la UNCAC, para construir un sistema de manejo financiero y para tener un acceso efectivo a la información pública, son extremadamente importantes para que tenga éxito el desarrollo de la cooperación.

La pregunta es: ¿qué conexión hay entre los principios de anticorrupción y el buen gobierno con los principios del estado de derecho? La tesis es que los principios fundamentales del sistema legal –incluyendo la participación de la administración, el apropiado manejo de los asuntos públicos y la propiedad pública, la integridad, la transparencia y la contabilidad– juegan un papel importante en la prevención de la corrupción.

En Finlandia (ranquin 1-6) el buen gobierno ha sido adoptado como uno de los elementos clave en las actividades de las autoridades públicas. De acuerdo con el principio del estado de derecho el ejercicio de la autoridad oficial debe estar basado en la ley. Considerar la administración pública tan transparente como sea posible es uno de los principios fundamentales de la administración pública finlandesa. Las decisiones deben ser tan públicas que los ciudadanos, ONG's o los medios puedan hablar sobre ellos cuando sea necesario. Todos tienen el derecho a ser escuchados en sus respectivos asuntos, el derecho a recibir una correcta decisión y el derecho a apelar. En la práctica, la transparencia y la publicidad son las más importantes herramientas anticorrupción.

La publicidad de los documentos garantiza que las acciones de las autoridades sean seguidas y monitoreadas. Principalmente, los ciudadanos tienen derecho a recibir información sobre cualquier documento en cualquier departamento del servicio civil.

Como ya se ha mencionado, las cuatro esquinas de la casa del estado de derecho son la funcionalidad del sistema: los actos deben ser comprensibles, que disminuya la burocracia, las decisiones deben ser tomadas inmediatamente y el acceso a la justicia debe ser simple. De acuerdo a la moderna teoría de la información el poder público debe tener una tarea activa para asegurar que la precisión de la información esté disponible. Esta es una piedra angular de la publicidad, que también es parte de la libertad de expresión.

## V

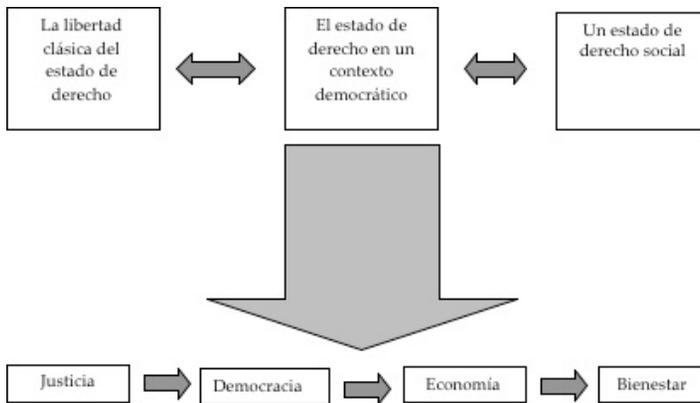
### ¿CÓMO MONITOREAR EL DESARROLLO DEL ESTADO DE DERECHO?<sup>21</sup>

**Para empezar.** Aunque estamos familiarizados con el principio del estado de derecho, este concepto no es fácil de definir. El estado de derecho no debe ser definido de una manera estrecha, sólo refiriéndose a los diferentes sectores que usan el poder público, las ramas legislativas, administrativas y judiciales u otras actividades específicas como la seguridad, la administración, el bienestar, el mercado y la competencia. Un acercamiento más equilibrado para el concepto es necesario para tomar en cuenta las diferentes etapas del desarrollo del estado de derecho.

Con respecto al desarrollo de la teoría del estado de derecho es suficiente notar que los tres estados deben ser distinguidos: 1) el clásico estado de derecho referente al nacimiento de los principios, 2) el estado

21 Universidad Panamericana, jueves 19 de marzo.

de derecho democrático que enfatiza el papel de la participación y del derecho consuetudinario, y 3) el estado de derecho en un contexto social, poniendo atención al funcionamiento social de la ley. Sin embargo, no necesitamos teorías, más bien un sistema legal eficiente.

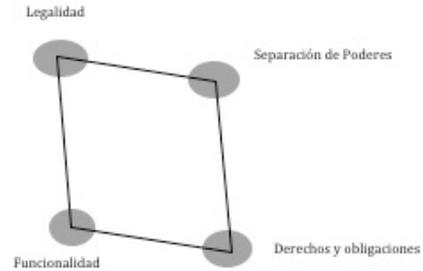


La cultura legal está ligada al pasado cultural, nacional e histórico, y hay diferencias significativas en el pensamiento legal entre diferentes regiones del planeta. La influencia de las circunstancias religiosas y sociales es de suma importancia. Podemos encontrar también diferencias entre lo Nórdico pragmático, la América libre y federal, el Parlamento británico, la normativa constitucional del Continente Europeo, el post-socialismo formal de Europa Occidental, “el gobierno democrático federal” ruso, la jerarquía china, la pobreza africana y la inestabilidad de los sistemas relacionados.

Un modelo funcional simbólico, “la casa del estado de derecho”, puede ser analizado bajo la base de cuatro variables –las cuatro esquinas de la casa–: 1) el principio de legalidad, 2) el equilibrio de la separación de los poderes, 3) la implementación de los derechos humanos fundamentales, y 4) la funcionalidad de la casa desde el punto de vista de sus “residentes”.

## Las cuatro esquinas son:

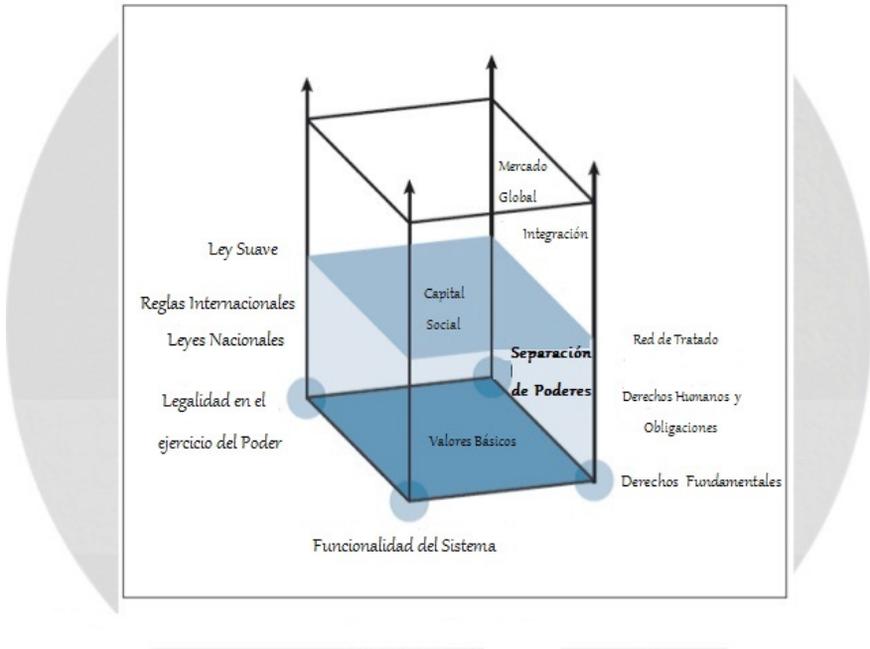
- EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD
- LA SEPARACIÓN DE PODERES EQUILIBRADA
- LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES
- LA FUNCIONALIDAD DE LA “CASA DEL ESTADO DE DERECHO”



Bajo la base de las cuatro variables del estado de derecho-  
“Una casa construida en un suelo firme”

La examinación de las cuatro esquinas recae en un fundamento firme para observar el desarrollo legal. Para continuar con esta imagen, notamos la necesidad de apoyar las diferentes esquinas de la casa con soportes estructurales interconectados con la finalidad de sostener el estado de derecho. Esto resalta la importancia del capital social- un concepto estudiado por los sociólogos y científicos políticos- como un factor que provee la durabilidad del estado de derecho.

La fundación de la casa requiere ciertos valores. En correspondencia, al medir el peso de la estructura uno puede estimar el creciente desarrollo del nivel económico en el país.



### Durabilidad del estado de derecho Estado de Derecho Finlandia - ROLFI

La construcción de edificios –competencias económicas– también requiere estructuras sólidas, confianza en la durabilidad del sistema. La importancia de los recursos humanos y su interacción, i.e. del capital social, debe ser discutido no sólo relacionándolo con el crecimiento económico, sino en vista de un mejor bienestar social.

El capital social es considerado tanto una condición importante para el crecimiento económico, como un estabilizador para la democracia liberal. La importancia del capital social y su crecimiento ha sido discutida como una segunda generación de la reforma del modelo económico.

Al mismo tiempo, el estado de derecho está considerado en un contexto social. Por lo tanto la pregunta es: ¿Cómo podemos incrementar la reserva del capital social? Puesto que el capital social es, esencialmente, un recurso de la sociedad civil, hay límites que se extienden donde grandes acciones del estado pueden contribuir a él.

---

LAS DIMENSIONES DEL ESTADO DE DERECHO

---

- 1) **La contabilidad de la ley** se refiere a los procesos, normas, y estructuras que sostienen a la población, las organizaciones y los oficiales públicos legalmente responsables por sus acciones e impone sanciones si ellos violan la ley.
  - 2) **Acceso a la información** se refiere a la habilidad de los ciudadanos y las organizaciones para hacer encuestas, recibir y procesar la información pública.
  - 3) **Independencia judicial.** Los jueces y otras resoluciones profesionales en disputa no son sujeto de una notable presión externa de las ramas ejecutiva y legislativa del gobierno y resuelve disputas de acuerdo a la ley.
  - 4) **El efectivo sistema judicial** (criminal, civil y administrativo) provee mecanismos para reconocer, proteger y fortalecer los derechos y legitimar los intereses. El énfasis de esta dimensión no es la efectividad del sistema legal, que significa resolver las disputas de una manera predecible, en tiempo y costo real.
  - 5) **Respeto hacia los derechos fundamentales** como se ha visto en el Cuadro sobre Derechos Fundamentales y la Convención Europea sobre Derechos Humanos. El respeto para los derechos fundamentales significa que hay mecanismos accesibles para solucionar las violaciones de los derechos fundamentales y los ciudadanos cuentan con igualdad de oportunidades para usar estos mecanismos con el fin de buscar su compensación.
  - 6) **La implementación efectiva de las leyes** se refiere a que las leyes, las regulaciones y el caso legal, sean implementados de una manera igual, equilibrada y justa.
  - 7) **Acceso a la justicia** se refiere a la disponibilidad equilibrada para disputar mecanismos resolutorios que conduzcan hacia todas las áreas de la ley –civil, familiar, criminal, administrativa, etcétera–. El acceso para crear mecanismos de resolución justa no debe depender de la salud, del poder político o social, de la etnicidad, el género, la religión o cualquier otra característica de la persona. La ubicación geográfica, el acceso a la tecnología y el cuidado legal, no deben ser factores que impidan el acceso a la justicia.
  - 8) **Ausencia de corrupción.** La corrupción de los poderes públicos y las ganancias privadas. A los oficiales públicos y a los privados les fueron confiados poderes que tienen que usar para legitimar los ingresos. El uso de este poder que les fue confiado para el logro ilegítimo de las ganancias privadas es la corrupción.
- 

La pregunta es: ¿Podemos encontrar indicadores para evaluar el desarrollo del estado de derecho? El estado de derecho ha sido definido como un concepto multidimensional que consiste en seguir ocho facetas:

También hay una necesidad para operar la justicia. Algunos puntos son muy importantes: 1) La justicia equitativa (Ver la famosa obra de

John Rawls, *Una teoría sobre la justicia*, 2005). La equidad se refiere a tener derechos iguales para las libertades básicas y asegurar que las desigualdades beneficien a los miembros de la sociedad con menos ventajas. 2) La búsqueda empírica de la justicia. La búsqueda debe ser identificada con muchos factores específicos que hacen un procedimiento o un justo ingreso que da una experiencia a la gente involucrada. 3) En ambos lados de la justicia los intereses y la necesidad de los ciudadanos. Las dimensiones de los lados de la justicia consisten en la accesibilidad de la resolución de la disputa (bajos costos para acceder a la justicia), un justo proceso de la resolución (justicia procesal, interpersonal e informativa) y el justo ingreso (justicia distributiva, funcional y transparente).

Desde estos puntos, para juntar el material basado en las experiencias judiciales de los ciudadanos y haciendo uso de recursos existentes podemos estar disponibles para desarrollar indicadores con el propósito de mediar las experiencias del estado de derecho. Sin embargo, hay algunos problemas relacionados para hacer conclusiones basadas en estos indicadores, como: quién podrá llevar a cabo estos cálculos, están ampliamente basados en una entrevista material y qué tipo de monitoreo y operaciones a seguir podrían ser posibles para solucionar los problemas cuando haya una negativa.

**Diferentes indicadores.** Más aún, las organizaciones que investigan y las instituciones internacionales hoy en día son indicadores para la evaluación de la justicia, la economía y los derechos humanos. Muchos análisis tienen un alcance limitado y el diálogo fronterizo para monitorear el estado de derecho en Europa es necesario. En este contexto, me gustaría presentar una lista de algunas referencias contemporáneas del estado de derecho. Hay algunas páginas web acerca del material. (Ver <http://www.americanbar.org/advocacy-rule-of-law.html> (último acceso 1 de octubre), <http://un.org/en/ruleoflaw/index.shtml> (último acceso

1 de octubre), <http://www.unroll.org/>, [http://www.venice.coe.int/site/main/Central\\_Asia/default\\_E.asp](http://www.venice.coe.int/site/main/Central_Asia/default_E.asp) (último acceso 1 de octubre de 2012), <http://www.icj.org/>, [www.hiil.org](http://www.hiil.org/)).

**¿Monitorear el desarrollo del estado de derecho?** La pregunta es: ¿Podemos encontrar indicadores para evaluar el desarrollo del estado de derecho?

#### BASE DE DATOS DE LOS BANCOS E INDICADORES

---

Reporte bi-anual de la Comisión Europea para la eficiencia de la justicia (CEPEJ)
El índice del Estado de Derecho
La base de datos de los derechos humanos de Cingranelli-Richards (CIRI)
El Índice de Transformación de Bertelsmann (BTI)
El Índice de la Percepción de corrupción (CPI)
Los Indicadores Mundiales de Gobierno (WGI)
El Índice de la Paz Global
El Índice de los Derechos Humanos
El Índice de los Estados Fallidos
El Índice de Ibrahim del Gobierno Africano
La Política de Escala de Terrorismo
El Índice de Seguridad Humana
El Índice de Instituciones Sociales y Género
El Índice de Integridad Global
La Encuesta Internacional del Crimen y la Víctima
La Encuesta de Naciones Unidas Sobre las Tendencias Criminales y las Operaciones de los Sistemas de Justicia
Haciendo Negocios
El Índice de Libertad Mundial
El Índice de Libertad Económica
El Reporte de Competitividad Global
El Índice de la Libertad Civil
Los Indicadores de la Sustentabilidad del Gobierno
El Índice de la Democracia

---

---

**Bases de datos del estado de derecho**  
**Monet Indikaattoreist Mittaavat Samalla Sananvapauden Ja Yhteiskunnan Ilmapiirin Asetta**

---

- 1) **El proyecto de justicia mundial** (66 países) es una iniciativa multinacional y multidisciplinaria que ayuda a monitorear el estado de derecho alrededor del mundo. El modelo está basado en cuatro principios universales que son definidos como: 1) Gobierno contable; 2) Leyes estables y publicadas para proteger los derechos fundamentales; 3) un proceso accesible, justo y eficiente; y, 4) el acceso a la justicia.
- 2) **La libertad del Índice Mundial** (194 países) provee una evaluación anual del estado de la libertad global. Los expertos evalúan la extensión en la cual diez derechos políticos y quince libertades civiles son implementados en la vida real.
- 3) **Haciendo Negocios** (183 países). Proyecto que valora anualmente el impacto de las regulaciones legales y las prácticas administrativas en el ambiente de negocios.
- 4) **El reporte global de las competencias del foro económico** (GCR, 42 países) señalando los estudios de varios factores de competencias nacionales. 12 pilares de la competencia son identificados y estudiados con los datos de la Encuesta Ejecutiva de Opinión del Banco Mundial.
- 5) **El Índice de la Libertad Económica de la Fundación del Patrimonio** (183 países) analiza 10 componentes de la libertad económica que están agrupados en cuatro dominios: el Estado de Derecho, el Gobierno Limitado, la Eficiencia Regulatoria y Mercados Abiertos
- 6) **El Índice Democrático** (167 países) es anualmente compilado por la Unidad de Inteligencia Económica. De acuerdo a los marcadores asignados, los países están jerarquizados en democracias completas, democracias erróneas, regímenes híbridos y autoritarios.
- 7) **Los Indicadores de un Gobierno Sostenible** (SGI, 31 países) evalúa aspectos del gobierno en los estados miembros de la Organización para la Cooperación Económica y Desarrollo. Los datos son obtenidos de los recursos estadísticos oficiales y las opiniones de los expertos.
- 8) **El Índice de la Sociedad Civil** (56 países) evalúa el estado de la sociedad civil desde un nivel nacional. La sociedad civil ha sido conceptualizada como “el ámbito, afuera de la familia, el estado y el mercado donde la gente asocia el avance del interés común”.
- 9) **La Encuesta de las Naciones Unidas en las tendencias criminales y las operaciones de los sistemas de justicia criminales** (100 países) junta datos en la incidencia de un crimen reportado y las operaciones de los sistemas de justicia criminales en vista de mejorar el análisis y la propagación de esa información global.
- 10) **La Encuesta Internacional de Víctimas Criminales** (ICVS) (37 naciones, 78 ciudades) es un programa de encuestas estandarizadas para mirar la experiencia de la víctima del crimen, la policía, la prevención criminal y los sentimientos de inseguridad en un largo número de países.
- 11) **Índice de Integridad Global** (GII, 38 países) anualmente evalúa más de 300 indicadores de existencia, eficiencia y acceso de los ciudadanos a un nivel nacional clave de mecanismos de anticorrupción (contabilidad de la ley, acceso a la información, ausencia de corrupción, independencia judicial, un sistema judicial efectivo y acceso a la justicia).
- 12) **La base de datos de los recursos humanos de Cingranelli-Richard** (CIRI) contiene una información cuantitativa y longitudinal (195 países) sobre el nivel del respeto que los gobiernos nacionales proveen para 15 derechos humanos, como ha sido reconocido a nivel internacional. El índice cubre el concepto de respeto para los derechos fundamentales. Estos derechos incluyen tanto la integridad física como el derecho a no ser torturado, aunado a las libertades civiles como la libertad de expresión y la libertad de culto.

- 13) El **Índice de transformación Bertelsmann** (BTI) evalúa y valora el progreso, el desarrollo y la transformación de 128 países en transición. Específicamente se enfoca en el progreso, la democracia y el gobierno.
- 14) El **reporte bi-anual de la Comisión Europea para la efectividad de la justicia** (CEPE, 45 países) describe y compara los sistemas judiciales de los Estados Miembros del Consejo de Europa. Las estadísticas no evalúan, más bien describen los sistemas nacionales.
- 15) *La Transparency International* define “el abuso del poder confiado para las ganancias privadas”. El Índice de las Percepciones de Corrupción (CPI) jerarquiza los países de acuerdo al grado como la corrupción está percibida entre los oficiales públicos y los políticos. Las bases de datos de la percepción (178 países) están compiladas de diferentes recursos “producidas por organizaciones de gran reputación y organizaciones que unen los datos”.
- 16) **Los Indicadores de Gobierno a Nivel Mundial** (WGI) (212 países) es un proyecto del Banco Mundial, mejor conocido por las series de los papeles de los asuntos del gobierno autorizadas por Daniel Kauffman y sus co-autores.
- 17) El **Índice de Paz Global** (153 países) está compuesto por 23 indicadores, los cuales jerarquizan desde la expansión del nivel militar nacional hasta sus relaciones con los países vecinos y el nivel de respeto de los derechos humanos. En el índice se incluyen los indicadores como la violencia criminal, el acceso a las armas, la población carcelaria, la gente desplazada, los homicidios, la seguridad de los oficiales, y los actos terroristas.
- 18) El **Índice de Recursos Humanos** (195 países) las medidas del nivel de la falta de protección o el incumplimiento de las obligaciones de los Estados relacionados con los derechos humanos y la Ley Humanitaria Internacional. Similar a la CIRI y la GPI, los principales enfoques son hacia los derechos humanos.
- 19) El **Índice de Estados Fallidos** (177 países), preparados por la Fundación para la Paz y publicado por *Foreign Policy*, está basado en sus niveles de estabilidad y las presiones que enfrentan. Este incluye dos indicadores, además de los derechos humanos, la legitimación del estado, la presión demográfica, etcétera.
- 20) El **Índice Ibrahim del Gobierno Africano** (48 países) construido por combinación de indicadores de un modo estandarizado, para proveer una medida estadística de la presentación del gobierno en todos los países africanos. Las tres categorías son independencia judicial, ausencia de corrupción y respeto por los derechos fundamentales.
- 21) **La Escala del Terrorismo Político** (PTS, 190 países) el nivel de las medidas del terrorismo y la violencia política, usan un indicador de 5 puntos.
- 22) El **Índice de Seguridad Humana** (HSI) (232 países) está intentando representar la situación actual. Este incluye el Índice de Industria Económica, el Índice de Industria Ambiental y el Índice de Industria Social (el más importante para asuntos relacionados con la justicia) indicadores de la libertad de corrupción, protección ambiental, paz, protección de la diversidad y el apoderamiento de la información.
- 23) **Las Instituciones Sociales y el Índice de Género** (102 países) dibuja en doce instituciones sociales variables del género de la OECD, Instituciones y Desarrollo (GID), la base de datos ha sido agrupada en cinco categorías o sub-índices: El código familiar, La integridad física, su preferencia, las libertades civiles, y los Derechos propios. La SIGI se encarga de las instituciones de discriminación social.

Estas bases de datos se componen de una gran cantidad de información que puede ser combinada de diferentes maneras, a fin de monitorear el desarrollo judicial, económico y social. Aunque muchos de los indicadores están basados en entrevistas y opiniones, su significado

como indicadores de desarrollo es evidente. Esto puede, no obstante, limitar la perspectiva de análisis a una mera evaluación de experiencias de primera mano. Consecuentemente, las tareas más generales relacionadas a las poderosas estructuras y al funcionamiento de la política legislativa y la autoridad pública, pueden ser dejadas en el pasado.

Una parte integral, y una concreta condición para seguir la investigación sería juntar el material de la documentación tópica, a fin de crear una base de datos tan comprensiva como sea posible. Deberá contener todo el material indicador conocido del estado de derecho de hoy en día, un posible nuevo material del estado de derecho, también como un material al respecto, por ejemplo, al desarrollo económico, al desarrollo del medio ambiente y al social. La base de datos debe estar completa para estar al alcance de todos, tanto en términos geográficos como en temporales.

Adicionalmente, la base de datos debe servir para el propósito de observar el *status quo* de los estados individuales. Una visión a futuro es el modelo gubernamental o no gubernamental que un cliente puede ordenar, un análisis de la categoría del estado de derecho y que un estado específico necesite un desarrollo. El análisis debe consistir en, por un lado, un repaso basado en el material disponible de las bases de datos de los bancos, y, por el otro, una valoración basada en los datos.

Esta valoración analizará aquellos eventos que han afectado las tendencias del desarrollo de manera evidente en las bases de datos numéricas, también aquellos factores que están más allá de las bases de datos cuantitativas. Esto incluye, por ejemplo, las recientes reformas de la legislación que no han tenido todavía un impacto en el indicador de la base de datos u otro material. Aunado a hacer recomendaciones para las medidas futuras, es una larga investigación que requiere un análisis específico de los estados.

## VI

### LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN<sup>22</sup>

#### *¿Qué es la libertad de expresión?*

**Puntos para empezar.** El concepto de libertad de expresión significa el derecho a expresar, publicar y recibir información, opiniones y otro tipo de comunicación sin restricciones. El propósito de la libertad de expresión es garantizar la libre formación de las opiniones, un debate público abierto, el libre desarrollo de los medios y la diversidad, así como el derecho a criticar al gobierno, que son todas las precondiciones para el desarrollo de la sociedad. En este sentido, el derecho de la libertad de expresión apoya la libertad de la sociedad y debe ser un derecho fundamental para todos.

La libertad de expresión y la libertad de información se complementan. ¡Esa es la razón para el título de este pequeño párrafo! El derecho a conocer encaja en todo el sistema de libertad de expresión. Ambas libertades pueden ser vistas tan cercanas que una (libertad de información) es parte o contraparte de la otra (libertad de expresión).

El término “libertad de expresión”, como concepto extranjero, es comúnmente usado junto al de “libertad de discurso”. Éste representa el significado de la libertad de discurso y también provee la seguridad general para diferentes formas de la actividad creativa y la propia expresión. La libertad de discurso, justo como una moneda, tiene otro lado: el derecho a recibir y adquirir información. Este otro lado representa la libertad de información y la atmósfera de la sociedad.

La libertad de discurso y sus violaciones abren un ángulo de visión en el desarrollo social. La libertad de discurso incluye el derecho a ex-

22 Universidad del Estado de México, viernes 20 de marzo.

presarse, publicar y recibir información, opiniones y otros tipos de comunicación, sin que nadie esconda el flujo de información. El objetivo es garantizar la libertad de todos para formar opiniones; un diálogo público abierto; un desarrollo libre de... y un pluralismo en el campo de la comunicación en masas, así como la opción de criticar a las autoridades, todas las anteriores son precondiciones para el desarrollo de la sociedad.

**Raíces históricas.** La vieja historia también debe ser examinada con el fin de entender las diferentes etapas del desarrollo de la libertad de discurso. La pared sensorial que emergió después del libre periodo de la antigüedad, fue primero dividida por la Ley de prensa de 1766, el cual pasó al Norte, Suecia-Finlandia y a la asamblea de los estados representativos. Fue seguido por Dinamarca y Noruega, en 1770, la declaración de los derechos humanos, adoptada en aras del espíritu de la Revolución francesa, 1789, así como la Primera Enmienda de 1791, adoptada por los Estados Unidos.

Por lo tanto, los países nórdicos han sido los pioneros en reforzar judicialmente la libertad de discurso. Las mismas conclusiones son aplicables cuando se habla sobre el bajo nivel de corrupción de los países nórdicos. *Transparency International* (TI) tiene un amplio rango de índices de corrupción con respecto a los niveles de corrupción, en ambos niveles global y local. TI guió las medidas globales de corrupción por medio del Índice de Percepciones de Corrupción (IPC) en 1995. IPC es una de las más conocidas y citadas medidas de corrupción. IPC jerarquiza al menos doscientos países alrededor del mundo, en términos del grado de corrupción percibida que existe entre los oficiales públicos y políticos determinados por expertos y encuestas de opinión. Entonces, la libertad de discurso y de información es una clave para promover sustancialmente el desarrollo.

La libertad de discurso se ha asegurado gradualmente como un derecho fundamental en la mayoría de las constituciones y en los tratados internacionales, iniciado por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. La regulación legal y los tratados únicamente son algunas de entre muchas herramientas en lo que se refiere a garantizar la libertad de discurso. Un análisis basado únicamente en las normas no es suficiente. El ejercicio del derecho a la libertad de discurso está condicionado por restricciones y acceso a la información de hecho. El material relevante incluye la necesidad de información, las decisiones oficiales, los casos legales, las violaciones a la libertad de discurso y a las restricciones del flujo de información.

**Monitorear la libertad de discurso.** Hay algunos sistemas en el mundo que evalúan el desarrollo social y del estado de derecho, la transparencia del gobierno, la libre elección, el cumplimiento de los derechos humanos y los niveles de corrupción. Uno de los más conocidos es *The Freedom House*, que tiene diez oficinas y conduce programas en más de dos docenas de países en todas las regiones del mundo. La libertad de discurso juega un rol integral en el desarrollo de todos estos sectores.

Entre otros, el índice “Freedom of the Press Worldwide” representa la situación de la libertad de discurso en el mundo, el cual podemos usar después para evaluar la jerarquía y el desarrollo de los diferentes países y continentes. El índice de 2013 representa el desarrollo de ciento setenta y nueve diferentes países.

*Reporteros Sin Fronteras* promueve y defiende la libertad a ser informado y a informar a otros a través del mundo. Establecido en París tiene diez oficinas internacionales y más de ciento cincuenta corresponsales en los cinco continentes. La organización usa su red para investigar los factores que explican los cambios de la situación de la libertad de

discurso en los diferentes países y tiene un estatus que se consulta en las Naciones Unidas y en la UNESCO.

El Índice de la Libertad de Prensa no toma directamente en cuenta el modelo de los sistemas políticos, más bien es claro que las democracias proveen una mejor protección para la libertad de producir y circular noticias certeras e información de los países donde los derechos humanos son ignorados, la libertad de que se produzcan y circulen noticias e información necesita ser evaluada desde un nivel nacional y global. Las preguntas detrás de las jerarquías consideran seis criterios en general. Utilizar un sistema para medir la posible respuesta de cada uno, a los países se les da un marcador entre 0 y 100 para cada uno de los seis criterios (pluralismo, independencia de los medios, medio ambiente y el propio censor, marco legislativo, transparencia e infraestructura). Estos marcadores son usados como indicadores para calcular el marcador final de cada país ([http://en.rsf.org/IMG/pdf/2013\\_wpfi\\_methodology.pdf](http://en.rsf.org/IMG/pdf/2013_wpfi_methodology.pdf)).

Cuando en junio de 2013 las revelaciones hechas por el ex contratista Edward Snowden sobre las secretas actividades vigiladas por el gobierno de Estados Unidos, tomaron un escenario central en los medios internacionales, de los sesenta países valorados, treinta y cuatro han experimentado una trayectoria negativa desde mayo de 2012. Sobre estos desarrollos recientes *Freedom House* ha publicado una investigación llamada Libertad en la Red 2013.

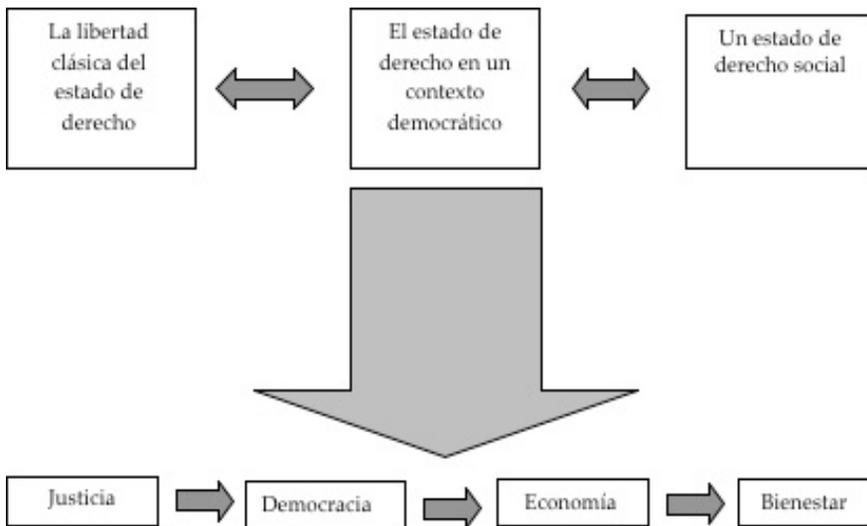
La libertad de expresión juega un papel inminente en la lucha contra la corrupción en distintos países alrededor del mundo. Múltiples periódicos y sitios de Internet, promueven la libertad de expresión tanto a nivel internacional como nacional y distintas organizaciones hacen campañas para la libertad de expresión.

Es fácil resaltar la importancia de la libertad de discurso en los diferentes escenarios de la teoría del estado de derecho. Uno no puede hacer conclusiones en las diferentes etapas del desarrollo del estado de

derecho como tal, pero, a pesar de todo, es simple que los tres escenarios representan varias conexiones entre la libertad de discurso y el desarrollo del estado de derecho.

En este sentido podemos entender una conexión entre la justicia, la democracia, el desarrollo económico y el bienestar, una cadena donde la información y el libre discurso son amenazas que obligan a juntar todo.

Con respecto al desarrollo de la teoría del estado de derecho es suficiente hacer notar la distinción entre los tres escenarios: 1) el clásico estado de derecho, que se refiere al nacimiento de los principios, 2) el estado de derecho democrático, haciendo énfasis en el papel de participación y en el derecho consuetudinario, y 3) el estado de derecho en un contexto social, poniendo atención en el desarrollo del mismo. No obstante, no necesitamos teorías sino un sistema legal eficiente.



El nacimiento del concepto de libertad de discurso está conectado con el fortalecimiento de los principios de estado de derecho, la for-

mación de un estado liberal. El fortalecimiento del estado de derecho democrático ha eliminado la naturaleza de la libertad de discurso como un derecho político fundamental antes que los demás, pero también un derecho para acceder a la información. El contexto social, por su parte, conecta la libertad de discurso con la vida cotidiana, la libertad de opinión, la creatividad, la libertad de la atmósfera general de la sociedad y el bienestar mental.

Finlandia tiene una fuerte tradición legal por razones históricas, al haber sido un país fronterizo entre Oriente y Occidente. La libertad de discurso y el acceso a la información tiene una fuerte posición en la cultura legal. La Constitución actual, del 2000, incluye una corta pero clara regulación (Sección 12) a la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información:

Todas las personas gozan de libertad de expresión. La libertad de expresión implica el derecho a expresar, publicar y recibir informaciones, opiniones y otros mensajes sin ningún tipo de restricción previa. Las disposiciones más precisas sobre el ejercicio de la libertad de expresión serán establecidas por Ley. Se podrán regular por Ley las restricciones en el acceso a materiales visuales que sean imprescindibles para la protección de los niños.

Los documentos y otros registros en dominio de las autoridades son públicos, si su publicidad por motivos imperiosos no está expresamente limitada por Ley. Todas las personas tienen derecho a acceder a la información de los documentos y registros públicos.

El concepto de libertad de discurso abarca todo tipo de información, opiniones y otras comunicaciones, al respecto de su sustancia o del propósito para los que fueron expresados o publicados. Este es un punto de comparación entre los artículos de los tratados de los derechos humanos de la libertad de discurso que protege opiniones, información

e ideas. En este sentido ninguna separación está hecha entre el ejemplo político, religioso, artístico, científico, comercial, entretenimiento u otro aviso, cuando se aplica la libertad de discurso en la práctica. Con respecto a la comunicación religiosa, uno también debe notar que la segunda regulación (§11) de la Constitución que protege la libertad de religión y la conciencia, confirma el derecho de todos a expresar sus convicciones.

En principio, la libertad de discurso también concierne un medio comercial, aunque las restricciones de alcohol y tabaco advierten, también como las relativas a la legislación de protección al consumo, han sido adoptadas en una legislación general sin conflictuar las regulaciones de la libertad de discurso.

La prohibición anticipada de la censura es un aspecto central de la libertad de discurso. Una regulación constitucional prohíbe la preinspección de mensajes y otros como la intromisión con la libertad de discurso.

Incluso, en Finlandia, la libertad de discurso no es un derecho fundamental absoluto y, por lo tanto, no puede ser del todo restringido.

Sin embargo, la Constitución establece estrictas condiciones: 1) las restricciones deben ser llevadas a través de una legislación, 2) las restricciones deben ser precisas, 3) socialmente aceptables, 4) la regulación del núcleo de la libertad de discurso no debe ser rota. Debe haber una adherencia hacia a 5) relatividad, 6) garantía de acceso a la justicia y 7) el cumplimiento de las obligaciones de los derechos humanos. Puesto que las restricciones deben ser cuidadosamente consideradas, el sistema ha resguardado su bien constitucional.

Un histórico principio de publicidad establecido está ligado a la libertad de discurso, y es hoy en día un derecho constitucional. Los documentos y otros registros resguardados por los oficiales de gobierno son públicos a menos que su publicidad haya sido específicamente

restringida por la ley o por imperativas razones (Constitución §12.2). Todos tienen el derecho de acceder a los documentos públicos y a los registros. Aunque la publicidad de los registros es la regla general, a veces es necesario separarla por importantes razones de interés como el derecho a la privacidad, el secreto comercial y la seguridad nacional. La publicidad también ha estado limitada durante la fase de redacción. Las regulaciones más específicas están incluidas en la ley que concierne a la actividad oficial del gobierno. Las regulaciones de 1951 en la publicidad de los documentos fueron renovadas por la ley de 1999 en la publicidad de la actividad oficial. El propósito fue también esclarecer los principios de confidencialidad concentrándolos en una ley obligatoria, para que más de 120 regulaciones confidenciales y de discreción profesional puedan ser descartadas.

**Las Convenciones de Derechos Humanos. La Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).** El papel de la libertad de discurso, como un derecho internacionalmente reconocido, por un lado, y una garantía general de democracia, por el otro, está conectado con tensión inherente. La cuestión que surge es cómo la supervisión externa inherente al control internacional puede ser combinada con esta realidad. Cómo los cuerpos internacionales, como la CEDH, protegen de manera efectiva la libertad de discurso como un derecho individual de un modo que se conduzca hacia la democracia, al mismo tiempo respeta la pluralidad y soberanía de los estados.

La CEDH (1950) garantiza una amplia gama de derechos humanos para los habitantes de los estados miembros del Consejo de Europa, que incluye casi todas las naciones europeas. Estos derechos, incluidos en el Artículo 10, dan derecho a la libre expresión de todos los ciudadanos. La Convención garantiza el derecho a la libertad de expresión, sujeto a algunas restricciones que van “acorde con la ley” y “necesariamente en

una sociedad democrática". El derecho incluye la libertad a opinar y a recibir e impartir información e ideas.

Si se compara la situación de hace 20 o 30 años, la libertad de discurso estaba mejor protegida a un nivel local, pero no a un nivel internacional amplio, gracias a la jurisprudencia de la Corte. Es un logro admirable, explica el ex presidente de la Corte Europea de los Derechos Humanos, Jean-Paul Costa.

**Unión Europea.** La ley de la Unión Europea (UE) ofrece una doble protección para la libertad de comunicación. Primero, como principio general, derivado en esencia del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), y segundo, como un derecho fundamental de acuerdo con el Artículo 11, titulado "Libertad de expresión e información". El Estatuto de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Estatuto), que llegó a ser legalmente vinculado cuando el Tratado de Lisboa, en vigor en diciembre de 2009.

**Naciones Unidas.** El Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles (PIDCyP) es un tratado multilateral adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas. Obliga a los miembros a respetar los derechos políticos y civiles de los individuos, incluyendo el derecho a la vida, libertad de religión, libertad de discurso, libertad de asamblea, derechos electorales y derechos a un debido proceso y a un juicio justo.

De hecho, el artículo 19 sí establece una noción a los deberes y a las responsabilidades especiales que pueden ser sujeto de ciertas restricciones, como el respeto a los derechos y a la reputación de otros, la protección de la seguridad nacional, o el orden público, la salud pública o moral.

La observación general del Comité de las Naciones Unidas de los Derechos Humanos No. 34 elabora cuatro componentes importantes sobre el derecho de acceso a la información: 1) los estados deben hacer

un esfuerzo para asegurar el puntual, fácil y efectivo acceso a la información, controlados por el Estado en el dominio público; 2) ellos deben poner la información de manera práctica en el dominio público sobre las funciones de los gobiernos como información de interés público; 3) deben proveer apelaciones sobre los fallos para responder tanto a los requerimientos, como a las negativas explícitas; 4) el derecho aplica la información a todo el cuerpo público –incluyendo las ramas legislativa y judicial– y se extienden a entidades privadas que están a cargo de funciones públicas.

**La futura preocupación de la transparencia y el estado de derecho.** ¿Quién tiene derecho a la información privada que los gobiernos recogen y almacenan? ¿Es necesario que nuestra comunicación en línea tenga un estatus equivalente para tener nuestros registros médicos o criminales, unidos, almacenados y accesibles a los oficiales relevantes cuando sea necesario? ¿En días pasados pudimos haber sabido si nuestras cartas fueron abiertas. Hoy en día, podemos confiar en la privacidad de nuestra información si somos víctimas de un interventor virtual que vaga diariamente en todas las bases de datos?

En la era de la información estamos emocionados y apasionados por las posibilidades fascinantes de la red mundial y los productos que nos ofrece, ¿pero el rápido IT está bajo nuestro control? Mientras hemos llegado a ser más independientes en los servicios que Internet nos brinda, tenemos poca información intrínseca sobre cómo actualmente trabaja o por quién exactamente son procesados nuestros mensajes.

En una sociedad donde existen muchas redes de información, un ciudadano debe tener absoluta confianza en la transparencia y funcionalidad de la administración del gobierno.

Donde el poder no está cuidadosamente equilibrado, este nuevo sistema de comunicación puede convertirse en una red tirante que vincula

a sus sujetos con miedo y es capaz de supervisar y controlar sus movimientos, evitando por ejemplo el surgimiento de nuevas opiniones, movimientos y organizaciones.

“Lo que solíamos llamar el atrevimiento y la libertad ahora lo llamamos privacidad. Y ahora la gente está diciendo que la privacidad no existe” (Jacob Appelbaum, investigador de seguridad, Bloomberg 2015: <http://www.bloombergvew.com/articles/2014-12-30/online-privacy-citizenfour-the-nsa-and-snowdens-disclosures>).

Movimientos de protesta alrededor del mundo –incluyendo un movimiento contra los vigilantes fundamentalistas en India 2009, la protesta del Sur de Corea de 2008, y la protesta contra la ley de educación de Chile en 2006– han usado las redes sociales no como un reemplazo para las acciones del mundo real, sino como una manera de coordinarlas.

El número de usuarios de *smartphones* alrededor del mundo sobrepasará en 2016 los 2 billones y el número de usuarios de Internet sobrepasará los 3 billones en 2015, aumentando el siguiente año hasta alcanzar 42.4% de la población mundial, de acuerdo al *eMarketer* (mercado en línea). En 2015, habrá más de 1.19 billones de usuarios de *smartphones* alrededor del mundo, una figura que aumentará otro 12.6% para acercarse a los 2.16 billones en 2016. Por primera vez, más de un cuarto de la población mundial usará *smartphones* en 2015, y para 2018, un estimado de más de un tercio de usuarios alrededor del mundo, o más de 2.56 billones de personas lo harán también. Para 2018, cerca de la mitad de la población mundial, o 3.6 billones de personas accederán a Internet al menos una vez al mes (ver más en: <http://www.emarketer.com/Article/2-Billion-Consumers-Worldwide-Smartphones-by-2016/1011694#sthash.68etydhF.dpuf>).

Hay probabilidades de que en una década o dos nos habremos rodeado de tecnología que conecte a todo y a todos instantáneamente. Mientras tanto, si no hemos solucionado el dilema de la vigilancia para enton-

ces, es posible que nos encontremos en el libro 1984 *Oceanía* de George Orwell. Los ciudadanos pueden ser libres de comunicarse, pero pensarán dos veces antes de hacerlo, no por secretos personales embarazosos, sino porque la privacidad es una necesidad de certeza en ciertos ámbitos de una sociedad funcional. En una sociedad donde la administración responde a la ley, esta disposición puede causar mayores dilemas políticos. Donde no, sin embargo, no lo hará, lo que es un macabro escenario.

## BIBLIOGRAFÍA

- BAUER, Horst (1973): *Gerichtsschutz als Berufungsgarantie, Zur Auslegung des Art. 19 Abs 4 GG*. Berlin.
- BECKER, Franz-Konig, Kalus: *Allgemeine Einleitung. Verwaltungsverfahrensgesetze des Auslandes*. pp.3-84. Schriftenreihe der Hochschule Speyer. Band 31/I-II. Berlin 1967.
- BRADLEY, A.W.: *Judicial Protection of the individual against the Executive in Great Britain*. *Gerichtsschutz I*, pp. 327-372. Köln 1971.
- BUHLER, Ottmar (1914): *Die subjektiven Öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtssprechung*.
- CASTELLS, Manuel (1996): *The raise of the network society. The information age*, vol. 1. Cambridge (Mass.), Blackwell.
- CERNY, Philip, G. (1995): *Globalization and the Changing Logic of Collective Action*. *International Organization*, 49 (4): 595-625.
- COCHRAN, Molly (2002): *A Democratic Critic of Cosmopolitan Democracy: Pragmatism from the Bottom-Up*. *European Journal of International Relations*, 8(4): 517-548.

DICEY, A. V. (1885): *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*.

EICHENBERGER, Kurt (1960): *Die Richterliche Unabhängigkeit als staatrechtliches Problem*. Bern

FOLSOM, Ralph H., MINAN, John H. and OTTO, Lee Ann (1992), *Law and Politics in the People's Republic of China*.

FORSTHOFF, Ernst: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. Erster Band. Allgemeiner Teil. 10, neubearbeitete Auflage. Munchen 1973.

FUKUYAMA (The Primacy of Culture, *Journal of Democracy* 1995, p. 7-14).

GARDNER, Warner W (1959): *The Administrative Process. Legal institutions today and tomorrow. The centennial inference volume of the Columbia law school*, pp. 108-148. New York.

GARNER. J. F.: *Administrative Law*. London 1967.

GREENWALD, Glenn (2014): *No Place to Hide: Edward Snowden, the NSA, and the U.S. Surveillance State* Helsinki.

HABERMAS, Jurgen (1998): *On the Internal Relation Between the Rule of Law and Democracy*. In *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*. Translated by Ciaran Cronin. Cambridge, MA, MIT Press.

HALLBERG, Pekka (2013): *Administrative Justice. Cornerstone of Functional Rule of Law*. ROLFI, Helsinki.

————— (2009): *“Constructing Rule of Law”* (published in Chinese), Edita Publishing Oy.

- (2013): *Rule of Law. Prospects in Central Asia. Rural Areas and Human Problems*. Edita Publishing Oy, Helsinki.
- (2013): *Rule of Law. Administrative Justice. Mining. Mongolia-Finland. Diplomatic Relations 50 Years*. Rolfi, Helsinki.
- HARRINGTON, James (1656): *The Commonwealth of Oceana*. London.
- HSU, C. Stephen (Editor), (2003): *Understanding China's Legal System, Essay in Honor of Jerome A. Cohen*, New York.
- JELLINEK, Georg (1919): *System der Subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. Auflage. Tübingen.
- (1908): *A General Theory of the State*. St. Petersburg
- JOIREMAN, Sandra (2001): Inherited Legal Systems and effective Rule of Law: Africa and the Colonial Legacy. *Journal of Modern African Studies*, 39(4): 571-596.
- LUO, Haocai (1997): *The Core and Theoretical Models of Administrative Law*. Translated Yang Yin, Peking.
- MCCORMICK, Neil (1999): *Questioning Sovereignty*. New York, Oxford University Press.
- Ministry for Foreign Affairs of Finland (2005): *Combating Corruption, The Finnish Experience*.
- Ministry for Foreign Affairs of Finland (1998): *Fundamental Rights in the Constitution of Finland*.

Ministry of Justice (2009): *Corruption and the Prevention of Corruption in Finland*.

MONTESQUIEU (1748): “De l’Esprit des Lois” (*El Espíritu de las Leyes*) disponible en <http://www.constitution.org/cm/sol.htm> (último acceso 19.9.2012).

PEASLEE, Amos J. (1956): *Constitutions of Nations*. (2 ed. Vol. I-III), The Haque.

Supreme Administrative Court 90<sup>th</sup> anniversary book 2008: Allan Rosas, Free moment of persons and social benefits, p. 644 and Vassilis Skouris, *Aspects de la sécurité legal dans*.

Banco Mundial (2006): ¿Where is the Wealth of Nations? Measuring Capital for the 21<sup>st</sup> Century, the International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, Washington, D.C.

World Public Sector Report 2001: Globalization and the state.