



QUORUM LEGISLATIVO 105

INVESTIGACIONES

UNIVERSALIDAD Y EXIGIBILIDAD JURÍDICA DE LOS
DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

Lic. Rafael M. Velázquez Gallegos

PROTECCIÓN A LOS PERIODISTAS.
LOS CASOS DE ITALIA Y COLOMBIA

Lic. Angélica Hernández Reyes

ESTUDIO DESCRIPTIVO DE LOS
GASTOS TRIBUTARIOS EN BRASIL

Dra. Cecilia Licona Vite

VISIÓN DE LOS LEGISLADORES

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE
DERECHOS HUMANOS Y EL NUEVO ORDEN
JURÍDICO EN MÉXICO

Dip. Arturo Zamora Jiménez

INVESTIGADOR INVITADO

VISIÓN GENERAL Y ACTUALIZADA DEL DESARROLLO
DEL PROCEDIMIENTO PENAL ORAL ACUSATORIO
EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA

Lic. Octavio Armando Rodríguez Gaytan

RESEÑA

¿INSTITUCIONES O MÁQUINAS IDEOLÓGICAS?
ORIGEN, PROGRAMA Y ORGANIZACIÓN
DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Manuel Alcántara Sáenz

RESEÑADO POR:

Lic. Avelina Morales Robles

QUÓRUM LEGISLATIVO 105
Abril - Junio 2011

ISSN 1870727-0

Derechos Reservados
Enero de 2007

La reproducción parcial o total de esta publicación, sin la autorización previa de la Cámara de Diputados, dará lugar a las sanciones previstas por la ley.

El contenido de los trabajos de Investigación que se publican, así como las impresiones y gráficas utilizadas, son responsabilidad de los autores, lo cual no refleja necesariamente el criterio editorial.



PRESIDENTE DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS

Dip. Emilio Chuayffet Chemor

JUNTA DE COORDINACIÓN POLÍTICA

PRESIDENTE

Dip. Armando Ríos Piter

INTEGRANTES

Dip. Francisco Rojas Gutiérrez

Dip. Francisco Javier Ramírez Acuña

Dip. Juan José Guerra Abud

Dip. Pedro Vázquez González

Dip. Jorge Antonio Kahwagi Macari

Dip. Pedro Jiménez León

SECRETARIO GENERAL

Dr. Guillermo Javier Haro Bélchez

SECRETARIO DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS

Lic. Emilio Suárez Licona

SECRETARIO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS Y FINANCIEROS

Ing. Ramón Zamanillo Pérez



**COMITÉ DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO E
INVESTIGACIONES PARLAMENTARIAS**

PRESIDENTE

Dip. Omar Fayad Meneses

SECRETARIOS

Dip. Ezequiel Rétiz Gutiérrez

Dip. Víctor Manuel Castro Cosío

INTEGRANTES

Dip. José Óscar Aguilar González

Dip. Fermín Gerardo Alvarado Arroyo

Dip. María del Rosario Brindis Álvarez

Dip. Gerardo Del Mazo Morales

Dip. Fernando Ferreyra Olivares

Dip. Sonia Mendoza Díaz

Dip. María Teresa Rosaura Ochoa Mejía

Dip. Arturo Santana Alfaro

Dip. Francisco Saracho Navarro

Dip. Pedro Vázquez González

**DIRECTOR GENERAL DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO E
INVESTIGACIONES PARLAMENTARIAS**

Lic. César Becker Cuéllar

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

INVESTIGACIONES

UNIVERSALIDAD Y EXIGIBILIDAD JURÍDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

LIC. RAFAEL VELÁZQUEZ GALLEGOS

Introducción	5
I. Origen y desarrollo de los derechos fundamentales	7
I.1 El concepto	7
I.2 Derechos humanos o derechos fundamentales	8
I.3 Distintas acepciones de los derechos fundamentales	11
I.4 Evolución histórica	12
I.5 Fundamento de los derechos humanos o derechos fundamentales	16
II. Una institución en desarrollo	19
II.1 Evolución del concepto	19
II.2 Clasificación	20
III. Derechos de todos	23
III.1 La universalidad de los derechos fundamentales	23
III.2 Exigibilidad jurídica interna y externa de los derechos Fundamentales	28
III.2.1 Jerarquía de las normas de derechos fundamentales	28
III.2.2 El derecho internacional y los derechos fundamentales	29
III.2.3 Tratados internacionales	31
Conclusiones	33
Bibliografía	36
Páginas de internet	36

PROTECCIÓN A LOS PERIODISTAS LOS CASOS DE ITALIA Y COLOMBIA

LIC. ANGÉLICA HERNÁNDEZ REYES

Introducción	39
I. El derecho a la información	42
I.1 El derecho a la libertad de expresión	44
I.2 El derecho a la libertad de prensa	45
II. El ejercicio periodístico en México	46
III. El ejercicio periodístico a nivel internacional	51
III.1 Colombia	54
III.2 Italia	62

Comentarios finales	69
Bibliografía	70
Páginas de internet	71
Legislación	74

ESTUDIO DESCRIPTIVO DE LOS GASTOS TRIBUTARIOS EN BRASIL

DRA. CECILIA LICONA VITE

Introducción	79
I. Generalidades acerca de Brasil	79
I.1 Sistema político	80
I.2 Geografía política	82
I.3 Población	83
II. Sistema tributario brasileño	84
II.1 Referencia histórica	84
II.2 Base constitucional	86
II.3 Tipos de tributos y potestades tributarias	90
II.4 Órgano de administración tributaria en el ámbito federal	93
II.5 Nivel de recaudación	95
III. Gastos tributarios en Brasil	100
III.1 Régimen jurídico	100
III.2 Antecedentes	107
III.3 Definición	109
III.4 Forma	116
III.5 Objetivos (finalidades o propósitos)	120
III.6 Medición	124
III.7 Ventajas y desventajas	129
Conclusiones	133
Bibliografía	137
Legislación	138
Otras fuentes	138

VISIÓN DE LOS LEGISLADORES

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y EL NUEVO ORDEN JURÍDICO EN MÉXICO

DIP. ARTURO ZAMORA JIMÉNEZ

INVESTIGADOR INVITADO

VISIÓN GENERAL Y ACTUALIZADA DEL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO PENAL ORAL ACUSATORIO EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA

LIC. OCTAVIO ARMANDO RODRÍGUEZ GAYTAN

161

RESEÑA

¿INSTITUCIONES O MÁQUINAS IDEOLÓGICAS?

ORIGEN, PROGRAMA Y ORGANIZACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

MANUEL ALCÁNTARA SÁENZ

INSTITUT DE CIÈNCIES POLÍTQUES I SOCIALS

BARCELONA 2004

RESEÑADO POR:

LIC. AVELINA MORALES ROBLES

Introducción

183

I. Resumen expositivo de la obra

183

II. Comentario crítico

191

Conclusiones

192

PRESENTACIÓN

En este número de la revista Quórum se integraron importantes temas en materia de Derechos Humanos, Derecho Fiscal, Derecho Penal, así como la reseña de un libro sobre Ciencia Política.

En primer lugar el Lic. Velázquez desarrolla un estudio sobre los Derechos Fundamentales y el grado de universalidad y exigibilidad jurídica que estos han alcanzado; posteriormente el investigador Uribe describe los tipos de protección con los que cuentan los periodistas en Italia y Colombia, países donde se observa un alto grado de violencia contra los que ejercen dicha profesión; también se desarrolla el estudio hecho por otra de nuestras investigadoras la Dra. Licona en el que se estudia lo referente a los gastos tributarios en Brasil, país que cuenta con un alto nivel de ingresos fiscales.

En la visión de los legisladores, el Dip. Arturo Zamora analiza la reciente reforma constitucional en materia de Derechos Humanos, tema de gran actualidad e interés.

Como penúltimo tema y en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua, dirigida por el M.D.H. Enrique Antonio Carrete Solís, recibimos la colaboración del Mtro. Octavio Armando Rodríguez Gaytán, Catedrático de esa Casa de Estudios, el cual nos da una visión general de cómo se desarrolla el procedimiento penal oral acusatorio en el Estado de Chihuahua. Por último, otro de los temas incluidos en la presente revista, es la reseña realizada por la Lic. Morales del libro intitulado ¿instituciones o maquinas ideológicas? Origen, programa y organización de los Partidos Políticos, la cual nos da una referencia del contenido de la obra y algunas aportaciones para desarrollar las actividades parlamentarias.

Esperamos que el contenido del Quórum 105 sea de utilidad para nuestros lectores.

INVESTIGACIONES

UNIVERSALIDAD Y EXIGIBILIDAD JURÍDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

LIC. RAFAEL M. VELAZQUEZ GALLEGOS

INTRODUCCIÓN

Efectuar un acercamiento al tema de los derechos fundamentales y su universalización, es una oportunidad para revisar de qué manera los países han enfrentado una de las preocupaciones de la humanidad de las últimas décadas, tras haber vivido las experiencias lamentables de la primera mitad del siglo pasado, entre los horrores de las guerras, los fenómenos xenofóbicos y los innumerables efectos de una población creciente y demandante.

Para los creadores del Estado moderno incluir en la Constitución y en las leyes la reivindicación del hombre y el respeto a su integridad y derechos, significó una de las prioridades, que –no sin grandes vicisitudes– habrían de conformar la gran agenda impulsora del proyecto de creación del Estado constitucional de derecho. Al referirse a esta etapa, Miguel Carbonell, citado por Enrique Carpizo, opina que los inicios del Estado Constitucional de Derecho se remontan a cuatro grandes acontecimientos: a) la ruptura social que provocó la tiranía del feudalismo durante el siglo XVIII; b) la independencia de las colonias americanas de Inglaterra; c) la erradicación del absolutismo y d) la aceptación de un catálogo de derechos a favor del pueblo francés. Siendo la consolidación de este último punto el modelo y fundamento de lo que hoy conocemos como Constitución y derechos fundamentales.¹

Sin embargo, a pesar de este avance, no se desarrolló el concepto de Constitución y Estado Constitucional que debió imperar a raíz de la Independencia norteamericana y de la Revolución Francesa. Predominó entonces una visión de Estado Legal que permeó a todos los países. México, en la Constitución en 1824 no introdujo ningún dispositivo que aludiera a derechos individuales, toda vez que la naciente nación demandaba en primer término, garantizar la soberanía nacional y organizar el ejercicio del poder. Será la Constitución de 1857 la que incorporará la salvaguarda de las llamadas garantías individuales y, otras disposiciones que facultaban al Estado constitucional para actuar en nombre de la República a través del Congreso y dictar leyes para reducir la desigualdad y la ignorancia; reorganizar al país, acabar con fueros y privilegios. Si bien se produjeron algunas leyes en este sentido, no alcanzó el tiempo para convertir los principios enunciados en una realidad cotidiana, al prevalecer intereses que hicieron del orden constitucional aprobado, letra muerta.

Los cambios vividos desde los albores del siglo XX en la integración geopolítica del planeta, la eliminación de los últimos reductos feudales y la adopción de otras formas de gobierno, derivadas de nuevas corrientes ideológicas, fueron la manera en que las naciones buscaron respuestas para resolver sus contradicciones estructurales y consolidar sus respectivos procesos de desarrollo.

¹ CARPIZO, Enrique, Derechos fundamentales, Interpretación Constitucional, La Corte y los Derechos. Ed. Porrúa, México, 2009. P.3

México transitó en medio de un proceso doloroso y sangriento hacia una nueva etapa en su historia, de la que resultó el surgimiento de un nuevo orden constitucional en 1917, en el que a las garantías individuales ya consagradas en la Carta Magna de 1857, se sumaron los denominados derechos sociales. Este conjunto de reivindicaciones de carácter social, sintetizaba las demandas de una población que por vez primera pretendió transformar su realidad mediante la rebelión, frente a un poder intransigente y despótico que la mantenía sin esperanza alguna para salir de su pobreza y marginación.

Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, promovida desde años atrás por la Sociedad de Naciones y, al concluir la segunda guerra mundial, por la Organización de Naciones Unidas, se reafirmaron derechos intrínsecos, inalienables e irrevocables al ser humano por la sola calidad de serlo; con ello se reconoció la libertad e igualdad de derechos que toda persona puede invocar sin distinción de cualquier índole.

Después de su reconocimiento e incorporación en las Cartas Fundamentales, se crearon mecanismos de supervisión y control de su observancia por parte de los países miembros de la ONU, intensificándose el interés por ampliar el conocimiento y estudio de los derechos humanos, así como la preocupación por un respeto integral de los mismos; aunado a lo anterior, el avance tecnológico en los medios de comunicación y, en general, el proceso de unificación de regiones específicas, favorecieron el surgimiento de organismos supranacionales cuyo objeto ha sido buscar la homogeneidad en la regulación del tema en todos los países

Este tipo de integración de los sistemas jurídicos así como de la estructura judicial, ha contribuido a tener una visión unívoca del problema y ha permitido adoptar lineamientos comunes para atenderlo, pero también ha generado conflictos, en casos en que existe imposibilidad para cumplir con los compromisos contraídos a la firma de tratados internacionales o convenciones encaminadas a proteger y salvaguardar los derechos humanos. Al tiempo, la humanidad ha venido observando una evolución en la extensión de la cobertura de los derechos de las personas, buscando cubrir todos los aspectos que inciden en el desarrollo del individuo y en la convivencia comunitaria de suerte tal que, hablar ahora de derechos fundamentales o de derechos sociales fundamentales, se entienda como una categoría que los engloba a todos, buscando fortalecer la protección de una sociedad cada día más expuesta al control y manipulación del poder público por el uso de las tecnologías de la información bajo su control o, en manos de empresarios privados sin escrúpulos que, en realidades sociopolíticas como la nuestra, se han constituido en los verdaderos poderes fácticos.

I. ORIGEN Y DESARROLLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I.1 El concepto

El derecho es la facultad natural que tiene el hombre para hacer legítimamente todo aquello que lo conduce a los fines de su vida;² es también, la capacidad de hacer o exigir todo lo que la ley o la autoridad establece a favor de una persona o que le permite realizar³

Pese a que parecen antagonistas, las anteriores definiciones, contienen el elemento facultad, es decir, un reclamo justificado, ventaja o beneficio normativo como una posibilidad o permisión otorgada para hacer u omitir cierta conducta con la garantía de la protección judicial.⁴

El maestro García Máynez desde su perspectiva positivista y en un sentido objetivo se refiere al conjunto de normas impero atributivas que, además de imponer deberes imponen *facultades*⁵; Félix Trigo, sin embargo, sugiere que estas facultades no surgen sólo del derecho positivo. Algunas, dice, son inherentes a los hombres, por su sola calidad de ser humano, puesto que la persona humana es considerada como una entidad cualitativa y estimada en relación a su dignidad.⁶

Por otro lado, el derecho entendido como conjunto de normas, está conformado por diferentes motivaciones, ideologías y en general por la propia cultura del lugar que las genera; cuenta con características que las distinguen de otras normas como son, la bilateralidad, coercitividad, y el carácter de externo; hay que recordar que toda norma tiene dos elementos indispensables, es decir, la hipótesis jurídica y las consecuencias de derecho⁷ mismas que dan forma a todo ordenamiento jurídico.

Entre la existencia de una norma jurídica y el ejercicio del derecho u obligación existe un proceso llamado relación de causalidad jurídica en tres fases: a) desde la existencia o creación de la norma hasta la formulación de los supuestos jurídicos que se establecen; b) una vez realizados los supuestos jurídicos nacen los

² Cfr. El pequeño Larousse Ilustrado, Larousse, México, 1996, p. 327.

³ Cfr. Diccionario Básico de la Lengua Española, Larousse, México, 1984, p. 310.

⁴ Cfr. TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, Derecho en Diccionario Jurídico Mexicano, 4ª ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, México, Tomo II, 1991, p.930.

⁵ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, 4ª ed, Porrúa, México, 1973, p.36.

⁶ Cfr. FELIX TRIGO, Ciro. "Derechos del hombre y del ciudadano" en Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskill S.A. Argentina, Tomo VIII, 1990, p. 315.

⁷ La hipótesis jurídica y consecuencias de derecho se encuentran vinculadas atendiendo a que la primera es una suposición posible o imposible necesaria para poder deducir una consecuencia o establecer una conclusión; como se puede ejemplificar con las hipótesis contenidas en los artículos de cualquier legislación en el que el encuadre integro general una consecuencia jurídica.

derechos y obligaciones concretos; y, c) concretización de los derechos y obligaciones y su cumplimiento *contingente*.⁸

Se justifica entonces el surgimiento del derecho, a partir de que se puede vincular con la necesidad de contar con un instrumento de control, armonía y de alguna forma como un intento de garantizar la propia supervivencia de un determinado grupo de personas. Este tipo de reglamentación delimita al poder y del mismo modo lo faculta; así, se va construyendo todo un andamiaje normativo cuyo objeto será regular los diferentes ámbitos de la actividad humana en sociedad; derivado de lo anterior, es preciso establecer derechos que garanticen bienes jurídicos fundamentales.

La epistemología de los derechos y de los derechos humanos o sociales nos indica que estos son estudiados desde diferentes corrientes del pensamiento jurídico: la iusnaturalista que se funda en un enfoque axiológico en que lo más importante es la justicia; y, la iuspositivista que se funda en la valoración del derecho y la validez de la norma de acuerdo a un proceso formal.

Es importante mencionar que existen otras teorías que según el enfoque dan validez a la norma. Destaco aquella otorgada por Finnis en la que los primeros principios de la racionalidad práctica o primeros principios de la ley natural son los que dan validez a la norma⁹, esta visión da sustento al surgimiento de las corrientes que anteponen los derechos humanos por encima de cualquier ordenamiento.

1.2 Derechos Humanos o Derechos Fundamentales

La referencia cotidiana al concepto de derechos humanos y que las corrientes modernas constitucionalistas prefieren denominar derechos fundamentales, resulta ya un lugar común en las preocupaciones sociales, así como referir su importancia y promover su respeto; esta conducta cada vez más generalizada ha contribuido sin duda a impulsar los procesos para el establecimiento de regímenes democráticos legitimados y sustentados en ideales de justicia y respetuosos de la condición humana y de la propia dignidad del ser humano.

En la construcción del concepto, sin embargo, prevalecen diferencias; de manera acertada Arévalo Álvarez indica lo impropio del concepto derechos humanos, refiriendo que todo derecho es humano, es decir, solo el hombre es titular de derechos y está vinculado a su capacidad de adquirir obligaciones; argumenta

⁸Cfr. ARÉVALO ÁLVAREZ, Luis Ernesto, El concepto jurídico y la génesis de los derechos humanos, Lupus Magister, 2ª ed, México, 2001, pp. 47-49.

⁹La teoría jurídica de John Finns es considerada como la más representativa del iusnaturalismo, ya que a partir de la ley natural desarrolla todo tipo de hipótesis del Derecho y de los derechos subjetivos.

además, que los animales, plantas y cosas son bienes jurídicos que pueden ser objeto de protección jurídica, pero todos los derechos y obligaciones relacionados con ellos corresponden siempre a seres humanos, ya que la acepción derecho y deber jurídico¹⁰ es atributo exclusivo del hombre.¹¹ Es así que se justifica esta preocupación por identificar el concepto de una manera que comprenda todas las conductas que pudieran lesionar el o los bienes jurídicos tutelados por la norma, que tengan un impacto directo en la persona o en el conjunto de personas de una comunidad social determinada, y que ha derivado en la adopción del término de derechos fundamentales.

Es por ello que estimamos que las citas y referencias que aluden al concepto de derechos humanos, están refiriéndose de manera específica pero en una visión más integral, al conjunto de derechos fundamentales construidos por la comunidad estatal para dar contenido y sustento al gran pacto social que derivó en norma suprema, lo que los convierte por su naturaleza, en derechos inmodificables, si no es, precisamente, con la voluntad del todo social.

Tomando en cuenta diversos conceptos doctrinales, encontramos a Rodríguez y Rodríguez quien los define como el *conjunto de prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todos ellos, que reconocen al ser humano considerándolo individualmente y colectivamente*.¹²

Podemos afirmar que el bien jurídico tutelado en los denominados derechos humanos o fundamentales es la dignidad de la persona, que a partir de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, quedaron afirmados como anteriores y superiores al Estado con la característica de: fundamentales e innatos, de manera positivizada.¹³

Al Estado corresponde la obligación de reconocerlos, respetarlos y defenderlos, para lo cual establece límites a los individuos, para garantizar a todos la vigencia de libertades y derechos consagrados en la norma fundamental. De esta forma, los derechos humanos son normas de derecho público constitucional que protegen bienes jurídicos fundamentales inherentes a la personalidad humana y cuya identificación y precisión es producto del desarrollo y la organización social propia de cada Estado.

¹⁰ Deber jurídico o deber legal; la necesidad para quienes va dirigida la norma de una acción u omisión, impuesta por la ley, pacto o decisión unilateral irrevocable, para servicio o beneficio ajeno y cumplimiento de los fines exigidos por el orden social humano. El fundamento inmediato del deber jurídico se señala en el orden precedente de las relaciones naturales de la sociedad, se apoya en la ley natral y/o en la natural. En CABANELAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, Argentina 1998, p. 111.

¹¹ Cfr. ARÉVALO ÁLVAREZ, Luis Ernesto, op. cit., 37.

¹² RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús, "Derechos humanos" en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, México, Tomo III, 1985, p. 223.

¹³ DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 8ª ed, Porrúa, México, 1989, p. 217.

Este concepto tiene una esencia integral, universal e incluyente con 8 características principales.¹⁴ Así, los derechos humanos son:

- Inalienables; no son susceptibles de enajenación, es decir, de transferirlos de una persona a otra.
- Imprescriptibles; tiene un carácter permanente, por lo que no pueden desaparecer o dejar de ser reconocidos.
- Universales; son de todas las personas, sin distinción.
- Indivisibles; todos ellos son únicos e importantes y no se pueden hacer preferencias de unos sobre otros o partes de uno.
- Interdependientes; todos son articulados.
- Históricos; vinculados con la historia, la política y lo social de cada Estado.
- Dinámicos; Proceso de constante evolución.
- Progresivos; no tienden a la regresión.

Los bienes jurídicos fundamentales tutelados, que de manera específica se encuentran en los listados básicos de cualquier documento jurídico fundamental, son la vida, libertad, igualdad, propiedad y la seguridad; por ello se convierten en instrumentos que promueven el respeto a la dignidad humana, que a su vez constituye el bien jurídico tutelado de los derechos humanos.

La negación de los derechos fundamentales, así como la crítica al poder público, pierde su legitimidad y su razón de ser cuando se niega la importancia del respeto a los derechos humanos; esta afirmación se expresa de manera precisa en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano al decir: *Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada separación de los poderes, carece de Constitución.*

La denominación derechos humanos, que se ha generalizado y elaborado a partir del origen de la Organización de Naciones Unidas, refiere a la naturaleza humana e implica la titularidad de los mismos sin distinción alguna.

A partir de lo anterior, consideramos a los derechos humanos como el conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil,

¹⁴La enumeración que se hace respecto de las características de los derechos humanos deriva de diversos instrumentos, pactos, declaraciones y convenios en materia de derechos humanos emitidos por la ONU y otros organismos internacionales o regionales .

político, económico, social y cultural, con sus recursos y mecanismos de garantía, que se le reconocen al ser humano de manera individual y colectivamente, universales, inviolables e irrenunciables protectores de la dignidad humana.

1.3 Distintas acepciones de los derechos fundamentales

Las distintas acepciones a los derechos humanos o derechos fundamentales obedecen al tratamiento diferente de los órdenes normativos de más alta categoría, que no les otorgan los mismos mecanismos de protección y garantía.

En opinión de diversos tratadistas se dice que el idioma, el lenguaje normativo, el uso lingüístico de cada sociedad, la doctrina de los diferentes estudiosos, la diferencia cultural e incluso las posturas jurídicas, son los factores que ha-

cen ese cambio de denominación. Entre las más usuales encontramos:

- Derechos del hombre y del ciudadano: utilizado por la Declaración francesa de 1789.

- Derechos de la persona humana: locución clásica con tintes iusfilosóficos.

- Derechos individuales: imbuido del individualismo liberal propio de los inicios del constitucionalismo.

- Derechos subjetivos: denominación tomada del derecho privado que destaca a un sujeto al que de manera individual pertenecen los derechos.

- Derechos públicos subjetivos: son derechos del hombre-ciudadano que se verifican en una relación entre el Estado y los sujetos reconocidos por el ordenamiento jurídico; adquieren la naturaleza de derechos sociales.

- Derechos fundamentales: resalta la importancia iusfilosófica de estos derechos y de su carácter trascendente.

- Derechos naturales: deriva de la escuela iusnaturalista, enfatizando que los derechos humanos son supra-positivos y no concedidos por el Estado, quién solo se limita a su reconocimiento.

- Derechos innatos: contenido iusfilosófico priorizando la íntima adherencia de las facultades con la persona humana y el carácter previo a su recepción positivista por parte del derecho objetivo.

- Libertades públicas: denominación de cuño francés, público e individualista.

-Derechos constitucionales: refiere a la incorporación por parte de los textos constitucionales positivos de cada Estado con supremacía y protección jurisprudencial.¹⁵

-Derechos positivizados: aquellos que aparecen dentro de un orden normativo y que son legislados.

1.4 Evolución histórica

La importancia de los derechos fundamentales, radica en el rango establecido al interior de cada Estado y de manera fáctica, a la importancia y protección que tengan los individuos y los mecanismos garantistas establecidos en su derecho interno.

Es entonces la propia historia de los derechos humanos o fundamentales la que marca la evolución de cada Estado y por ende de su regulación y la denominación que en su momento le es aplicada. La idea de derechos inherentes al ser humano, es un fenómeno reciente y los antecedentes históricos nos son abundantes; recordemos que por ejemplo, los derechos en Grecia y Roma eran producto de la filiación y no de una característica identificada al ser humano. Sin embargo, existen algunos referentes muy importantes en torno a la protección de los derechos del individuo o del grupo social frente al soberano como lo son: la Carta Magna de 1215 de Inglaterra¹⁶; la más relevante; la Petición de Derechos de 1627, igualmente en Inglaterra y en el mismo tenor que la anterior, por la que un parlamento disponía la imposibilidad para que el monarca recaudara impuestos sin la aprobación de aquel; el Habeas Corpus de 1679 y el Bill of Rights de 1688 que no son sino manifestaciones reiteradas de rechazo a las arbitrariedades del absolutismo con que los monarcas pretendían seguir gobernando, no obstante los compromisos contraídos desde la Carta Magna; la Declaración de Virginia de 1776¹⁷, entre los más sobresalientes, son los que dan surgimiento a la concepción de derechos fundamentales que ahora concebimos; y que en realidad reflejan una conquista

¹⁵Cfr. BIDART CAMPOS, German y CARNOTA, Walter, *Derecho Constitucional Comparado*, tomo II, Ediar, Argentina, 2000, pp. 8 y 9.

¹⁶Es considerada como el documento más trascendente de la historia de las constituciones, pues por vez primera se acotan las facultades del soberano, y se crean las precondiciones para que se fueran imponiendo casa vez más las libertades y los derechos civiles. Al imponérsele al rey Juan I de Inglaterra por la confrontaciones existentes entre los nobles normandos y los anglosajones, éstos se imponen y mediante este documento un consejo o parlamento limita al poder y establece disposiciones generales como la sujeción a un proceso para juzgar a un individuo o bien, establecer la separación de la iglesia y el Estado, entre otras.

¹⁷Redactada para acompañar la Constitución del Estado de Virginia, en sus 18 artículos se enumeran derechos próximos a la noción moderna de derechos sociales fundamentales: igualdad de todos los hombres, separación de los poderes públicos, primacía del poder del pueblo y sus representantes, libertad de prensa, subordinación del poder militar al poder civil, derecho a que se haga justicia, libertad de culto; traducido al francés, este texto se dice que influenció al Comité redactor de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, durante la Revolución Francesa de 1789

del pueblo frente al poder, por la que establecían obligaciones para los detenedores del mismo. Son los documentos más representativos en esta evolución, que aportaron garantías trascendentes, sin menoscabo de la valía de unos y otros.

Francia llegaba hacia 1789 a vivir los momentos más críticos y dramáticos de su historia; la incapacidad de las clases gobernantes (nobleza, alto clero y burguesía) para hacer frente a los problemas de Estado, el derroche de recursos públicos y los excesos atribuidos a la monarquía que se tradujeron en una brutal carga de impuestos, el empobrecimiento de los trabajadores, fueron el caldo de cultivo para que la agitación intelectual alentada por la Ilustración y todos los actores que concurrieron en esa etapa crucial conocida como el Siglo de las Luces, irrumpieran en la escena para derrocar al antiguo régimen al estallar la Revolución Francesa.

Es bajo estas circunstancias y antecedentes que entre el 20 y el 26 de agosto de 1789 se discute y aprueba, en una agitada Asamblea Nacional Constituyente, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Es esta la primera etapa en que se suele dividir la Revolución Francesa¹⁸; este documento cuenta con diecisiete numerales en los que se engloban derechos como la libertad personal, de propiedad, de igualdad, seguridad, resistencia a la opresión, entre otros. En su exposición de motivos, señala que los males públicos y la corrupción de los gobiernos se originan por el olvido, la ignorancia y/o menosprecio de los derechos del hombre, resolviéndose en consecuencia, declarar y reconocer derechos naturales e inalienables del hombre, en el ámbito del Estado.

No menos relevante fue, pese a la distancia, el referente de la guerra de Independencia estadounidense cuyo, influencia se hizo patente tanto en Europa como en América. La Constitución Federal de los Estados Unidos de América, promulgada en 1787 y adoptada oficialmente dos años después, fue criticada por la ausencia de una declaración de derechos del hombre, Este tipo de cuestionamientos provocó que el Congreso preparara un apartado de garantías individuales, que fue votada en 1789 y ratificada por los Estados miembros en 1791 denominado Bill of Rights¹⁹. De las 12 enmiendas enviadas, finalmente 10 alcanzaron el número de votos necesarios para su ratificación.²⁰ Establecieron la libertad de religión, libertad de expresión, de reunión y petición; la libertad de llevar y poseer armas, el derecho a un juicio justo y con jurado, la garantía de legalidad y la de seguridad jurídica entre otras.

¹⁸ Asamblea Constituyente de 1789-1791, Asamblea Legislativa 1791-1792, La Convención y Proclamación de la República de 1792-1795 y El Directorio de 1795-1799.

¹⁹ SIRVENT GUTIERREZ, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos* 12ª ed, Porrúa, México, 2010, p. 124.

²⁰ CIENFUEGOS SALGADO, David. *Historia de los Derechos Humanos*. Apuntes y textos históricos, Comisión de Defensa de los Derechos Humanos del Estado de Guerrero, México, Gro, 2005. p. 52.

Durante el siglo XIX, se fue dando una redistribución geopolítica en el planeta conforme los movimientos independentistas fueron ganando terreno y con ello, las reivindicaciones sociales surgidas tras largos períodos de sometimiento colonial, en muchas circunstancias, con características ominosas para las poblaciones. En México como en otras naciones americanas, la abolición de la esclavitud y la igualdad de derechos, fueron banderas de los movimientos de emancipación.

Iniciado el siglo XX, el mundo vivió nuevas experiencias bélicas que pusieron al desnudo la fragilidad de los Estados y de sus regímenes políticos, pero sobre todo de los ciudadanos y en general de las poblaciones. La revolución bolchevique da fin al último gobierno zarista, de corte feudal, y junto con la revolución mexicana saludan al nuevo siglo pagando altísimas cuotas de sangre de millones de sus pobladores para lograr arribar a una nueva relación social más justa y equitativa.

A las garantías individuales, de corte liberal consagradas en la Constitución de 1857, los congresistas constituyentes mexicanos de 1917 incorporarán a la Carta Magna, -en medio de una fuerte confrontación entre conservadores y liberales- el conjunto de garantías sociales que buscaban mejorar las condiciones de vida de la población marginada, tanto de la urbana como la rural y, particularmente, de las poblaciones indígenas despojadas durante el largo período colonial y la primera etapa de vida independiente.

En el ámbito internacional, la situación prevaleciente en cuanto a derechos humanos no era mejor. Dos conflagraciones mundiales habrán de dar cuenta del grave deterioro de las relaciones entre las naciones, donde los grandes intereses en juego disputaban la geografía mundial sin importar las vidas de sus poblaciones.

Concluida la segunda guerra mundial, se constituyó la Organización de Naciones Unidas en 1945, cuya carta fundacional habría de contener entre sus objetivos, el de promover el desarrollo de los derechos humanos.

Los antecedentes de esta iniciativa se remontan al 12 de julio de 1941 con la Declaración de Londres, firmada por los representantes del Reino Unido, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, y Sudáfrica, además de los gobiernos en exilio de Bélgica, Checoslovaquia, Grecia, Luxemburgo, Noruega, los Países Bajos, Polonia, Yugoslavia y Francia²¹. El documento se pronunciaba a favor de la concertación de la paz de forma conjunta, estableciendo que la única base duradera era la cooperación voluntaria de todos los pueblos libres, para evitar la amenaza de una agresión y mantener la paz.

El Primer Ministro Británico, Winston Churchill y el Presidente de los Estados Unidos, Franklin D. Roosevelt firmaron el 14 de agosto de 1941 la *Carta del*

²¹Organización de Naciones Unidas, *Documentos históricos*, versión electrónica en www.onu.org/.

Atlántico, en la que hacían referencia a que después de terminar la guerra, esperaban ver establecida una paz que ofreciera a las naciones seguridad y que sus habitantes vivieran libres del temor; la necesidad de que todas las naciones del mundo renunciaran al uso de la fuerza; y, finalmente, establecía la voluntad de los firmantes de promover la colaboración entre las naciones para lograr mejores condiciones de trabajo, adelanto económico y seguridad social.

El 1 de enero de 1942, fue firmada por 26 representantes de otros tantos países la *Declaración de las Naciones Unidas*, donde se estableció el compromiso de proseguir juntos la lucha contra las potencias del Eje. En este documento se utilizó por primera vez el nombre de *Naciones Unidas*.

La creación de la Organización de las Naciones Unidas se empezó a proyectar en la Conferencia de Dumbarton Oaks que terminó el 7 de octubre de 1944. Entre los principales logros se cuenta la instalación de un órgano esencial, el Consejo de Seguridad, cuyo objetivo es conservar la paz del mundo. En la Conferencia de Yalta, en febrero de 1945, se especificó la forma de votar en dicho órgano. Finalmente entre abril y junio de 1945 se llevó a cabo la Conferencia de San Francisco, que avanzó en lo acordado en las dos Conferencias precedentes, e incorporar enmiendas propuestas por varios gobiernos. Esta Conferencia forjó la *Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, que fueron aprobados por unanimidad y firmados por todos los representantes, entrando en vigor el 24 de octubre de 1945.

Finalmente, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948, surgió al terminar la segunda guerra; su elaboración a cargo de la Comisión de Derechos Humanos, integrada por 18 miembros, estuvo encabezada por Eleanor Roosevelt²², quien aportó ideas fundamentales de los principios básicos.

Uno de los principales autores fue René Cassin, quien inspirado en los principios de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 retomó derechos de carácter civil, políticos, económicos, sociales y culturales; el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General aprobó con 48 votos a favor, 8 abstenciones y ninguno en contra, el proyecto de Declaración. Para César Sepúlveda, el documento fue de gran importancia puesto que logró entre muchas cosas familiarizar a los Estados parte, con la noción de derechos humanos a nivel internacional²³.

Pese a que este documento no tuvo el carácter de tratado, acuerdo u otro instrumento de carácter internacional obligatorio o vinculante entre los Estados parte, su importancia radicó en la universalidad de sus principios, así como en la reafirmación de derechos inalienables a todo individuo por la sola calidad de ser humanos.

²²CIENFUEGOS SALGADO, David, op. cit., p. 61.

²³SEPÚLVEDA, César, *Derecho Internacional*, décimo sexta edición, Porrúa, México, 1991, p. 513.

El reconocimiento de derechos civiles y políticos a lo largo de la historia constituye un fin y límite al ejercicio del poder, que a veces de manera implícita o explícita constituye una exigencia de la dignidad humana estableciendo de alguna forma un límite a la soberanía y el ejercicio del poder estatal.²⁴

En la actualidad en todo Estado democrático se establece como requisito imprescindible el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, independientemente de la denominación que cada sistema jurídico les otorgue.

I.5 Fundamento de los Derechos Humanos o Derechos Fundamentales

Los derechos humanos o derechos fundamentales se incuban en un ideal democrático, Zamora Grant destaca esta característica y menciona que son el pilar sobre el que reside toda organización estatal que se basa en el respeto al derecho y la consagración de intereses que el mismo tutela, agrega que los estados organizan sus ordenamientos tomándolos en cuenta y de esta forma ponen límites al ejercicio de las instituciones, gobernantes y en general al poder estatal a favor de la dignidad humana de los gobernados.

El establecimiento de garantías y límites al poder, obedece a la necesidad de frenar los abusos y transgresiones a los más elementales derechos y que merced a la lucha de los más débiles, enfrentando a estas injusticias, ha sido posible elevarlos a un nivel jerárquico normativo, inclusive de orden constitucional; por ello, el fundamento principal de estos derechos humanos es la naturaleza combativa y la dignidad, inherentes al hombre.

Cicerón encuentra el fundamento de los derechos del hombre en la denominada recta razón que es la encargada de discernir lo bueno como lo justo y verdadero, de lo malo, entendido como lo injusto.

Es la propia naturaleza del hombre la que otorga la titularidad a estos derechos fundamentales, universales, e irrenunciables; surgen entonces de la propia esencia del hombre. Se puede afirmar desde esta perspectiva iusnaturalista, que estos derechos no existen por voluntad del Estado, sino por el hecho de ser de la persona humana. De esta suerte, la naturaleza de los derechos fundamentales impone cuatro obligaciones incontrovertibles al Estado:

-Reconocerlos; de manera real, fundamental e igualitaria para todos los individuos;

²⁴ Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y Dogmática de los derechos fundamentales*, UNAM-IJ, México, 2003, p.4

- Promoverlos; deben darse a conocer constantemente para poder lograr un mecanismo de protección óptimo;
- Tutelarlos; deben de ser protegidos y oponibles ante toda la comunidad internacional;
- Respetarlos; con el fin de proteger efectivamente la dignidad humana ante cualquier violación;

Vemos entonces que para algunos estudiosos del Derecho, la fundamentación se vierte principalmente en dos direcciones; la primera de ellas refiere a la ley natural que es la que da fundamento absoluto; y, la positivista, que determina la fundamentación en relación a lo establecido en las leyes:²⁵

Otros tratadistas estiman que se deben considerar tres dimensiones en la determinación del fundamento de los derechos humanos; la primera de ellas se refiere al valor axiológico, ó filosófico; la segunda, considera a los derechos humanos como figuras jurídicas independientes, aludiendo así a la institucionalización que se sostiene a partir de una estructura normativa; y, finalmente, una dimensión política o consensual que habla de la interpretación de dichos derechos en un institucionalismo colectivo.²⁶

Un planteamiento similar expone Nogueira Alcalá, quien refiere una fundamentación dirigida en tres posiciones: a) Filosófica; referente al ámbito axiológico, que implica un estudio como valores fundamentales que concretizan la dignidad humana y las exigencias éticas de libertad, igualdad y paz; b) Ideológica; constituida en la concepción e idea de derecho que inspira una sociedad política y como un Estado instrumentista, que organiza un sistema democrático; y, c) La científica, que ve a los derechos humanos, como una rama de estudio y análisis de la ciencia del derecho.²⁷ A partir de estas tres dimensiones se pueden fundamentar los derechos humanos de acuerdo a teorías iusnaturalistas y al objetivismo jurídico.

Existe también la fundamentación de forma, entendida como la necesidad de transformar los derechos humanos en derecho positivizado; la fundamentación en contenido y estructura, relacionados, en la que se ven involucrados elementos de autonomía y democracia. En este mismo orden de ideas, la fundamentación positiva o formal se refiere al establecimiento de un ordenamiento jurídico.²⁸

²⁵ Cfr. ZAMORA GRANT, José, Introducción al estudio de los derechos humanos, Gudíño Cicero, México, 2007, pp. 20 y 21.

²⁶ Cfr. ALEXY, Robert, Teoría del discurso y derechos constitucionales, Fontamara, México, 2007, p. 47.

²⁷ Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, op. cit., p.9.

²⁸ Se encuentran teorías realistas, críticas y trialistas en los que destacan Ferrajoli, Recaséns Siches, Bidart Campos y que versan sobre diferentes dimensiones de la norma pero siempre como el medio que da fundamento.

De esta forma los derechos humanos o fundamentales son los consagrados en la Constitución u ordenamiento jurídico de más alta categoría desde una perspectiva formal; y en una perspectiva material, son todos aquellos inherentes a la persona humana considerada ya en forma individual o colectiva. Para Silva Meza y Silva García, los derechos fundamentales se han clasificado en dos criterios: el criterio funcional que divide en 4 grupos (civiles, políticos, sociales y colectivos) y el criterio estructural, que alude a 3 grupos (derechos de defensa, derechos de participación y derechos de prestación);²⁹ y que consideramos una de las más recurridas para su estudio debido a su claridad.

La teoría axiológica retoma y hace propias las ideas fundamentales del derecho natural; parte del presupuesto de que existen normas anteriores a la formación del grupo social y de la propia organización del Estado. Los derechos fundamentales son inherentes al ser humano; el derecho natural otorga la validez de su existencia, independientemente si el derecho positivo los reconoce o no; por tanto, los derechos fundamentales existen antes de la creación del Estado.

Este rasgo distintivo, -el fundamento axiológico-, es especialmente notable en declaraciones de derechos fundamentales como el Bill of Rights de 1689, la Declaración de Virginia de 1776, la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, la propia Declaración de derechos del hombre de 1948, por mencionar tan solo a los documentos fuente de los derechos del hombre.

Por otro lado, para la teoría positivista los derechos humanos o derechos fundamentales, en la visión de Silva Meza, son derechos públicos subjetivos y su fundamento se encuentra en el ordenamiento de más alto reconocimiento que generalmente se denomina Constitución y que constituye el más alto e importante documento jurídico del cual emanan las directrices de todas las normas secundarias.

Los derechos fundamentales se consideran creados por el Estado, son reconocidos, otorgados y garantizados por el ordenamiento jurídico. Aunado a este acto de creación, debido a su jerarquía son oponibles a los poderes públicos, y se debe de considerar como función esencial del poder legislativo, la creación de normas y, del poder judicial, la protección de cualquier persona que se encuentre en su jurisdicción.³⁰

A partir del movimiento constitucional contemporáneo, los derechos fundamentales, abarcan los conceptos de derechos humanos o derechos sociales, ya que han sido contruidos y sustentados a partir del principio democrático, que es

²⁹SILVA MEZA Juan N. y SILVA GARCÍA Fernando. *Derechos Fundamentales*, México, Ed. Porrúa 2009, pp.1 y 2

³⁰Cfr. SILVA MESA, Juan N. id. P.6,7

el mismo que crea la Constitución, en el ejercicio de la soberanía del pueblo y la delimitación del poder del gobernante. Por ello, los ahora también reconocidos como derechos fundamentales, resultan indispensables y aún más inamovibles, en el sistema jurídico democrático de un Estado.

II. UNA INSTITUCIÓN EN DESARROLLO

II.1 Evolución del concepto

La corriente moderna relativa al estudio del constitucionalismo y el garantismo, en la interpretación de Luigi Ferrajoli, define los derechos fundamentales en expectativas positivas (de prestaciones) ó negativas (de no lesiones) que se atribuyen a las personas, ciudadanos, o personas con capacidad de obrar, de forma universal e indisponible.³¹ Considera que la separación entre garantías y derechos no implica la exclusión de derechos fundamentales y la separación con derechos patrimoniales se hace únicamente para estudio, puesto que considera los derechos fundamentales, universales e indisponibles.³²

La democracia constitucional, abunda Ferrajoli, tiene su paradigma en la filosofía contractualista en un doble sentido: por un lado, las constituciones son contratos sociales, pactos fundantes de la convivencia civil generados a través de los movimientos revolucionarios, que de esta manera se han impuesto a los poderes públicos, con lo cual se legitiman; por otro lado, en el sentido de que la idea del contrato social es una metáfora de la democracia política que alude al consenso de los contratantes, vale para fundar una legitimación del poder político desde abajo, pero el contrato conlleva la cláusula de tutelar precisamente los derechos fundamentales por parte del soberano, lo que provocaría la ruptura del pacto en caso de violación por éste, legitimando así el derecho de resistencia.

De este modo se revelan las ascendencias teóricas de los derechos fundamentales. Hobbes planteaba en su paradigma de respeto a la vida, como el derecho inviolable de cuya tutela depende la superación del estado de naturaleza y la justificación del gran Leviatán, que llamamos República o Estado; estima Ferrajoli que en definitiva, la configuración del Estado como esfera pública instituida y garantía de la paz, y al mismo tiempo de los derechos fundamentales, nació precisamente con Hobbes.³³

³¹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, España, 2009, 287-381.

³² Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*, p. 145.

³³ FERRAJOLI Luigi, op.cit. pp.304-306

II.2 Clasificación

Con objeto de organizar el estudio y comprensión de los derechos humanos y en general, de los derechos fundamentales, los tratadistas han utilizado una serie de clasificaciones diseccionando su naturaleza; así, vamos encontrando referencias en torno a su objeto y finalidad; bien jurídico tutelado; ejercicio de los derechos; tipo de relación jurídica que suponen; estructura; valores protegidos; pactos internacionales; y, evolución histórica de acuerdo a su aparición. De esta manera, su evolución y conocimiento se ha dividido en tres grupos principales, sin embargo, debido a la progresividad de los mismos, algunos doctrinarios hacen una cuarta y hasta una quinta clasificación.

El hablar de las generaciones de derechos humanos, es decir, el utilizar esta clasificación hace evidente el desarrollo del concepto, pero también de las sociedades y las conquistas culturales que reflejan su progreso y que, necesariamente, identifica a los mecanismos de protección que cada Estado ha erigido en su defensa.

Primera Generación.- Podemos referir que esta primera clasificación tiene su origen en las declaraciones del constitucionalismo a finales del S. XVIII, en algunos casos son conocidos como derechos civiles y políticos.

En ellos encontramos a todos aquellos mínimos referentes a la persona, como son la vida, la libertad, la igualdad, la libertad de prensa, la libertad de culto, de reunión, de asociación; el derecho de petición, la propiedad privada, la libertad física.

Esta categoría de derechos se caracteriza por arrojar al Estado obligaciones y establecer mecanismos de control del poder y de protección y defensa en caso de transgresión.

Las declaraciones del siglo XVIII difundieron y popularizaron este tipo de derechos; es por ello que, en la mayoría de los ordenamientos de los Estados, encontramos un catálogo con estos derechos que se pueden sistematizar en todo lo relacionado con la vida, la dignidad, la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la propiedad; los que a su vez se pueden considerar indispensables para el desarrollo de la vida en sociedad y la sobrevivencia en el Estado moderno.

La vida, es la base de todo catálogo de derechos, puesto que es la vida misma la que permite la exigencia y respeto de los demás derechos y que en una ponderación en cuanto a su origen, es el derecho a la vida el primigenio.

El derecho a la vida, implica para el Estado la obligación de protección de la misma ante terceros, está contemplada en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos dentro de los primeros artículos. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo tercero señala “Todo individuo tiene

derecho a la vida... ”³⁴ , la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo cuarto menciona “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente... ”³⁵ en esta disposición encontramos más precisión y amplitud; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo sexto señala “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente... ”³⁶ , es importante mencionar que este derecho humano está protegido por las leyes pero tiene sus restricciones y sus sanciones por la vulnerabilidad a la misma.

La importancia de la dignidad humana, se ve reflejada en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el que la libertad, la justicia y la paz tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y que la propia Declaración añade el valor e igualdad de las personas.

Segunda Generación.- Con el amanecer del siglo XX, se despierta también un sentimiento de solidaridad gremial o de clase que pone su acento en las fuertes disparidades de las formas de vida de la población, aún dentro de una misma unidad Estatal. Se cuestionaron entonces las declaraciones de derechos del hombre que se habían promulgado, que fueron para muchos, sueños y promesas no cumplidas, en medio de realidades socio-económicas que distaban de contar con las condiciones mínimas requeridas para gozar de un pleno uso y disfrute de esos derechos.

Algunos autores denominan a esta etapa como del surgimiento del derecho constitucional social, es decir, los movimientos de orden político que se suscitaron en el mundo tenían un ingrediente ideológico encaminado a generar en las sociedades un estado de justicia social, capaz de establecer un equilibrio entre los procesos económicos, sociales y culturales.

En este periodo surgen importantes y destacados ordenamientos que consagraron un conjunto de derechos y les otorgaron el grado de garantías sociales, quedando incorporados en las Cartas Fundamentales de naciones como México, Rusia, en vías de convertirse en la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas, y Alemania; así fueron transformadas y enriquecidas con esta nueva visión la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, la Constitución Bolchevique en 1918 y la Constitución Alemana de Weimar de 1919.

³⁴Declaración Universal de .. <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml> Naciones Unidas (sito oficial) 20 noviembre de 2010, 14 horas

³⁵Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

³⁶Disponible en: <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm>

Derivado de los movimientos sociales que las precedieron, se produjeron las disposiciones, incorporadas en las respectivas constituciones, mismas que recogieron muchas de las banderas de las luchas realizadas, reivindicando entre otros, el derecho a la seguridad social; derecho al trabajo; derecho a igual salario por trabajo igual; derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria conforme a la dignidad humana; derecho a fundar sindicatos y afiliarse en defensa de intereses de clase; derecho de huelga; derecho al descanso y el tiempo libre; derecho a un nivel adecuado de salud y bienestar; derecho a seguros de desempleo, enfermedad, vejez, invalidez; derecho a la protección de la maternidad y la infancia; derecho a la educación universal, laica, obligatoria y gratuita; derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, entre otros. Es con esta generación de derechos fundamentales consagrados, que comienza a tener sentido el concepto de derechos sociales fundamentales.

Tercera Generación.- La nueva generación de derechos reflejan el avance y evolución en el desarrollo de las sociedades, las que incorporan a la lista de derechos fundamentales, los que se han constituido como el centro de las demandas ciudadanas en el último cuarto de siglo de evolución. Las preocupaciones sociales se dirigen ahora a nuevos e importantes referentes: la autodeterminación, el medio ambiente, la paz y el desarrollo. El esfuerzo se ha orientado a obligar al Estado a crear condiciones óptimas para el ejercicio de estos derechos, los que ahora identificamos como nuevas aspiraciones de los pueblos, reflejo de demandas pendientes en los diferentes procesos de desarrollo, o nuevos fenómenos sociales surgidos como consecuencia de las formas de relación de una nueva etapa histórica. Así, nos referimos al derecho a la paz; el respeto a los derechos indígenas; la preservación de los recursos naturales; los asentamientos humanos; la protección al ambiente; la protección de los usuarios y consumidores; la información y transparencia; y, la autodeterminación de los pueblos; entre otros.

Dependiendo del nivel de desarrollo del país, estos derechos se ven menor o mayormente consolidados, lo cual estará determinado por la creación de un conjunto de condiciones favorables para su realización.

Uno de los puntos de partida para la creación de esta clasificación surge posterior a la conferencia de Estocolmo de 1972, y se valoran los factores multiétnicos y multiculturales.³⁷

³⁷En África, Asia y el denominado Medio Oriente se encuentran estas vicisitudes por razones de religión y cultura. Son territorios en el que conviven culturas milenarias como la china, la hindú y la árabe y que aunadas a las tradiciones y costumbres de cada zona, hacen difícil y casi imposible un planteamiento de derechos humanos y la regionalización para la creación de mecanismos de protección de los mismos como la occidental. El hecho de que no encontremos un catálogo similar o en el mismo sentido que el Occidente, no significa que para ellos no existan; solo que bajo el lente del estudio Occidental están determinados a partir de sus bases filosóficas fundamentales. Tal es el caso del Derecho de países en donde predomina el Islam y en que tomando en cuenta el Corán afirman que siempre han existido derechos humanos.

III. DERECHOS DE TODOS

III.1 La universalidad de los derechos fundamentales

Ferrajoli plantea un punto de vista que pudiera señalarse como el talón de Aquiles en la construcción de todo este complejo sistema de derechos fundamentales. En todos los cuerpos normativos sobre el tema, pero sobre todo a partir de las declaraciones de la ONU en efecto, se definen estos como derechos de las personas, en contraposición de algunos tratadistas como Thomas Marshall en 1950, que los clasificó primero en tres clases: derechos civiles, derechos políticos y derechos sociales, identificándoles ya de manera integral como derechos ciudadanos. La reflexión de Ferrajoli alude a que precisamente ahora en que los países ricos y las ciudadanías acomodadas se sienten amenazadas por los fenómenos migratorios que se registran en todo el mundo, vuelve a retomarse la interpretación de Marshall en referencia a la ciudadanía como titular de los derechos y negando la universalidad del concepto de derechos fundamentales. Esto es, cuando llegó el momento de tomar en cuenta estos derechos, todo su catálogo se está reservando a las *ciudadanías*, no obstante que los derechos políticos y algunos derechos sociales son atribuidos por el derecho positivo, tanto estatal como internacional, no solo a los ciudadanos sino a todas las personas.

Sin entrar al análisis completo de la idea de Marshall, lo cierto es que éste planteó el abandono de la categoría de la igualdad justo en el momento en que la calidad de persona y la titularidad universal de los derechos habían sido solemnemente reconocidas a todos los seres humanos del planeta, no solo por las nuevas constituciones estatales surgidas en la posguerra sino también por la Declaración universal de 1948. Si a ello se agregan los derechos sociales, vigentes y comprometedores, como los propios derechos de libertad individual, se daba en conjunto una calidad muy significativa a la democracia.

A la distancia transcurrida desde entonces, las cosas se ven ahora diferentes: el aparente fracaso del Estado social de derecho, los procesos de integración mundial y de globalización que han provocado una creciente interdependencia y una acentuada desigualdad entre países ricos y países pobres y los fenómenos de migración, advierten que caminamos hacia una integración mundial, la cual podrá darse -concluye Ferrajoli-, bajo la enseña de la opresión y la violencia, o al contrario, de la democracia y de la igualdad, lo cual va a depender también del derecho³⁸.

De seguir las cosas como hasta hoy, la categoría de ciudadanía corre el riesgo de convertirse no en un signo distintivo de la democracia fundada en la expansión de los derechos, sino en una *idea regresiva e ilusoria de un concepto de democracia* de un solo país o a lo más, de los países occidentales desarrollados,

³⁸FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. P.41,42

al precio de la no democracia del resto de los países del mundo. Y es que, pese a la denominación de la Declaración francesa de 1789 que aparece con el carácter de *universal*, los derechos por ella proclamados como derechos de la persona, de facto siempre han sido considerados como derechos del ciudadano, lo que hasta mediados del siglo pasado –cuando Marshall emite su idea-, no representaba ningún problema, pues no pesaba sobre las economías desarrolladas la amenaza de la presión migratoria. Pero sería un quiebre muy lamentable del modelo de democracia occidental que el universalismo normativo fuera a ser negado precisamente en el momento que se pone a prueba.

Sin duda, uno de los teóricos del derecho contemporáneo más sobresaliente, Luigi Ferrajoli, en visita a la UNAM, al referirse a la universalidad de los derechos fundamentales, precisaba este postulado señalando que todos los derechos fundamentales deben corresponder a todas las personas, sin que pueda prevalecer ningún tipo de discriminación y sin que las convicciones culturales mayoritarias o de grupo se sitúen por encima de los intereses vitales que esos derechos buscan preservar.³⁹

La universalidad de los derechos fundamentales o de los derechos humanos, es lo que permite identificar a estos derechos como las leyes del más débil, -dentro del grupo social o cultural, del más débil dentro de la familia, del más débil cuando se comete un delito, del más débil en un proceso penal, del más débil en la ejecución de una pena privativa de la libertad-. Lejos de los discursos autoritarios que sostienen que los derechos humanos son un obstáculo para que se logren abatir los índices delictivos, Ferrajoli considera que la tutela para todas las personas –en esto consiste la universalidad-, de los derechos que ya están reconocidos constitucionalmente, sería la mejor forma de alcanzar una sociedad más segura, preservando al mismo tiempo un espacio de libertad real para cada uno de nosotros y reduciendo el potencial de arbitrariedad que desde siempre han ejercido los poderes públicos cuando actúan de forma incontrolada.

En una interesante discusión sostenida entre Ferrajoli y Bovero, se habrá de referir éste a la tesis del primero, de que los derechos fundamentales tienen un carácter tético y que por lo tanto sus contenidos, o sea, el contenido de la parte sustancial de la constitución, la que contiene estos derechos, resulta “imputada”, en el sentido técnico jurídico del término, a todos y a cada uno, al pueblo entero y a cada persona que lo compone. A ello obedece la natural rigidez de las normas constitucionales que contienen a los derechos fundamentales, precisamente porque son derechos de todos, de todos y de cada uno, no son suprimibles ni reducibles, ni tan siquiera por la mayoría, y enfatiza, la mayoría no puede disponer de aquello que no le pertenece.⁴⁰

³⁹Luigi Ferrajoli en México, Artículo por Miguel Carbonell, publicado en el Universal 2 de noviembre de 2007, consultado el 16-12-2010 disponible en <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/38923.html>.

⁴⁰FERRAJOLI, Luigi, op.cit. *Un acuerdo global y una discrepancia concreta*. Michelangelo Bovero, pp.215-218

Explica Ferrajoli que esto es así porque si todos somos titulares de los derechos fundamentales inscritos en la Constitución, en consecuencia, ésta es patrimonio de todos y cada uno, razón por la que ninguna mayoría puede meterle mano, sino por un golpe de estado o una ruptura ilegítima del pacto social, por lo que una vez estipulados constitucionalmente deberían estar inclusive sustraídos al poder de revisión, o mejor, debería admitirse solo su ampliación y nunca su restricción, ni mucho menos su supresión.

Plantea el tratadista una segunda implicación en este tema: al constitucionalizarse los derechos fundamentales, éstos quedan como se ha dicho, en un nivel sobre-ordenado respecto de cualquier otro, confirmando a sus titulares, o sea, a todas las personas, una colocación también sobre-ordenada al conjunto de los poderes públicos y privados, que están vinculados funcionalmente a la garantía de los mismos derechos. Es en esta común titularidad de la constitución, consiguiente a la titularidad de los derechos fundamentales, en que reside la soberanía. Con esta idea dice, resulta ampliada y reforzada la misma noción política de democracia defendida por Bovero:

la democracia consiste en el poder del pueblo, ya no simplemente en el sentido de que al pueblo y por lo tanto a los ciudadanos les corresponden solo los derechos políticos y, por ello, el autogobierno a través de la mediación representativa, sino también en el sentido ulterior de que al pueblo y a todas las personas que lo componen les corresponde el conjunto de aquellos “contra-poderes” que son los derechos fundamentales –civiles, de libertad y sociales-, a los cuales todos los poderes públicos, aún los de mayoría, están sometidos...

Solo de esta manera, se cumple el paradigma del Estado instrumento para el cumplimiento de fines no suyos, sino los que constituyen los valores o razón social del ente Estatal. Luego, Ferrajoli añade:

Y es en esta relación entre medios institucionales y fines sociales, y en la consiguiente primacía del punto de vista externo sobre el punto de vista interno, de los derechos fundamentales sobre los poderes públicos, de las personas de carne y hueso sobre las máquinas políticas y sobre los aparatos administrativos, donde está el significado profundo de la democracia. En tiempos como los que vivimos, es precisamente esta concepción garantista de la democracia la que debe ser afirmada y defendida contra las degeneraciones mayoritaria y tendencialmente plebiscitarias de la democracia representativa y sus perversiones videocráticas; o dicho en una palabra, contra la “kakistocracia” (ó gobierno de los peores) de la que habla Michelangelo Bovero⁴¹.

⁴¹FERRAJOLI Luigi, SOBRE LA DEFINICION DE “DEMOCRACIA”. Una discusión con Michelangelo Bovero, pp.234

Sin duda es fuerte la tentación de confrontar los planteamientos de los tratadistas cuyas tesis venimos comentando con las circunstancias que se viven en la realidad latinoamericana y particularmente en la mexicana, en torno a la viabilidad de los sistemas democráticos y el respeto a los derechos fundamentales. Miguel Carbonell, escribió en enero del 2009, en una colaboración periodística, a propósito de la expresión de Bovero respecto de la degeneración de algunos sistemas democráticos, que estaban deviniendo en verdaderas kakistocracias, que si bien, apuntaba Carbonell, seguramente el autor se habría referido al sistema político italiano, el gran laboratorio de las nuevas tendencias políticas –y jurídicas, habría que agregar-, la idea también era aplicable a México, considerando que hay elementos para pensar que, en efecto, estamos siendo gobernados por los peores, los más ineptos, los más corruptos, los mas ignorantes y faltos de ideas o proyectos para el país. El tratadista refiere una larga lista de elementos que acreditan la existencia de una kakistocracia mexicana que iría desde los casos de policías que en vez de cuidar la seguridad y proteger a los ciudadanos, se dedican a secuestrarlos y extorsionarlos, hasta aquellos funcionarios, legisladores, jueces y magistrados, cuyo desempeño no corresponde a las responsabilidades que la sociedad les ha confiado y por las que reciben puntual retribución económica.

Está ausente el compromiso del servidor público, la honestidad de dirigencias sindicales que sin rendir cuentas a nadie y ausentes también de sus bases, lejos han quedado de cumplir una función que pueda ser apreciada por alguien en la vida del país. Frente a estas tropelías realizadas por una clase política insolente y arrogante... *lo menos que puede hacer la ciudadanía es quedarse de brazos cruzados mientras observa como se sigue arrasando con el país. Que ellos conformen el gobierno de los peores no significa que nosotros debamos convertirnos en sus cómplices.*

Al asumirse la ciudadanía y todas las personas como titulares de la Constitución pero muy especialmente de los derechos fundamentales, por ella consagrados, en pleno ejercicio de estos derechos, -el poder del pueblo-, cuando los responsables del poder incumplen con las facultades otorgadas, sojuzgando y violentando cotidianamente los derechos fundamentales o permitiendo que esto ocurra ¿Qué hacer en el marco de esos derechos, para reorientar el rumbo de la República? El ejercicio de la soberanía mediante la aplicación de los derechos fundamentales deberá empezar a actuar sobre las máquinas políticas y sobre los aparatos administrativos ineficaces y corruptos. Habrá de ser la acción de todos la requerida para someter a esa kakistocracia que ha puesto en riesgo la unidad estatal.

Existen empero otras visiones del tema de la universalidad de los derechos fundamentales y de la visión de Ferrajoli sobre el papel de la ciudadanía. Luca Baccelli, debate con Ferrajoli en el punto de los efectos perversos que se derivarían de la *abolición de la ciudadanía*, en el supuesto de la aplicación integral de su teoría de los derechos. Explica este tratadista que la renuncia a la búsqueda del fundamento absoluto de los derechos, y la problematización del universalismo de los derechos fundamentales, en el sentido de la universalidad de su aceptación,

aconsejan un manejo cauteloso en la relación derechos y ciudadanía. Abunda indicando que el planteamiento de Marshall sobre la ciudadanía, entendida como “pertenencia plena a una comunidad” que Ferrajoli reduce a valores organicistas, patrioteros y etnicistas, corre el riesgo –al negar el nexo entre derechos y pertenencia a –, de empobrecer el patrimonio de los valores políticos de la cultura democrática. Por el contrario, el sentirse parte de, remite a valores progresivos como la autonomía, la solidaridad y la reciprocidad. Este sentido gregario puede también querer decir rechazo a la homologación y defensa de la pluralidad cultural y política.

Ronald Dworkin, ha planteado su tesis de *liberal community*, en la que a partir del respeto a la autonomía individual se va creando la vida común de la comunidad política, la que se identifica a través de sus actos oficiales, sean jurídicos o políticos y la ciudadanía –los ciudadanos- es un concepto que se actualiza a medida de que los individuos autónomos realizan conductas siguiendo determinados procedimientos encaminados a constituir una entidad colectiva.

Jürgen Habermas ha admitido que los ciudadanos tienen derecho a conservar las características de la forma de vida a la que pertenecen. Sin embargo, reconoce que en las democracias modernas la identidad colectiva ya no se justifica a través del *ius sanguinis*. Es la cultura política y los principios constitucionales los elementos que la constituyen. Habermas, al fin, teórico de una democracia moderna y madura, plantea que la ciudadanía actual se forma y define en términos jurídico-políticos y que el único patriotismo que vale es el constitucional. En su estructura sistémica valora particularmente los derechos políticos en cuanto derechos reflexivos, que permiten obtener otros derechos y en la medida en que, a diferencia de los derechos civiles y sociales, no pueden ser concedidos paternalistamente. Al admitir la posibilidad de compartir los conceptos de particularismo de la *pertenencia* y el *universalismo* de los derechos, remite a la idea de que ambos, los derechos del hombre y la democracia poseen un valor universal en la medida en que pueden fundarse desde los presupuestos cuasi trascendentales de la comunicación lingüística.

Luca Bascceli, al comentar este planteamiento habermasiano, se pregunta si al renunciar a él, se renuncia también a todo tipo de noción política-jurídica de pertenencia. A partir de ideas de autores identificados con la tradición republicana, reproduce el señalamiento de que el activismo político identifica a través de un sentimiento de pertenencia a instituciones o formas asociativas y comunicativas, más que a comunidades orgánicas o formas de vida étnico-culturales. Se trata entonces de plantear una noción política de pertenencia, por dos razones; primero, porque no parte de una concepción etnicista ni organicista; y, segundo, porque reconoce el valor especial de los derechos políticos. En la tradición republicana, la pertenencia impone una identidad fundada en la lealtad democrática,

-y por tanto, crítica-, a principios jurídicos e instituciones políticas. Esta lealtad por cierto, se dirige a una particular república democrática, en contraposición al modelo universalista de Habermas.

III.2 Exigibilidad Jurídica interna y externa de los derechos fundamentales

III . 2.1 Jerarquía de las normas de derechos fundamentales

El estudio de un sistema de jerarquía de derechos humanos y en general de derechos fundamentales nos refiere generalmente al ordenamiento de más alta jerarquía del propio sistema jurídico Estatal. En la mayoría de los países la Constitución Política es la que define el nivel y los instrumentos normativos que habrán de establecer la regulación específica de los derechos sociales fundamentales, determinando con claridad los bienes jurídicos protegidos y el alcance de la protección y salvaguarda de dichos bienes a cargo del Estado.

Para poder determinar el nivel jerárquico debe de analizarse el ámbito temporal de validez de las normas así como el espacial, aunado a la definición y establecimiento de los límites de la soberanía que cada Estado tenga y la problemática que genera el tratamiento del *ius cogens*, que de manera generalizada favorece las norma internacionales a las internas.

Corresponde a esta etapa observar el sistema de reservas que se ve involucrado, pues el establecimiento de un sistema jerárquico poco definido, repercute en la propia anulación de la reserva que por lo general provoca un enfrentamiento del derecho internacional y el derecho interno.

Se han formulado diversas teorías referentes a la relación del derecho internacional y el derecho interno, destacando la teoría monista internacionalista, monista nacionalista y las dualistas. La teoría monista nacionalista, determina que los tratados internacionales están en un nivel jerárquico inferior a la legislación local; la teoría monista internacionalista, coloca a los tratados internacionales en un nivel jerárquico superior al derecho interno; la teoría dualista, hace una separación tajante en los ordenamientos y en su aplicación; establece que el propio Estado genere una legislación interna capaz de establecer una articulación óptima entre ambas legislaciones.

En otro ejercicio de clasificación de órdenes normativos se hace referencia a cuatro niveles: a) supranacional, b) constitucional, c) supralegal y d) legal. En la primera distinción, los tratados internacionales prevalecen aún respecto de la Constitución del propio Estado; en el segundo nivel, los equipara con la misma jerarquía normativa de la Constitución, adquieren rango constitucional, rigidez

y supremacía del mismo nivel; el tercer nivel ó rango supralegal, refiere al que equipara con la legislación interna, pero que nunca puede estar por encima o modificar la Constitución; y, el último nivel, denominado legal, refiere que algunas Constituciones otorgan a los tratados internacionales una jerarquía equivalente a las normas internas y que puede provocar cambios al ordenamiento.⁴²

La mayor parte de los compromisos contraídos por parte de los Estados a nivel internacional y de protección a los derechos fundamentales están contemplados en un nivel superior, lo anterior derivado en que ya casi de manera generalizada todo Estado contempla en su propia legislación los mínimos de protección y reconocimiento de dichos derechos.

III.2.2 El Derecho internacional y los derechos fundamentales

Los retos más importantes de una protección internacional de los derechos fundamentales son la defensa, la promoción y la vinculación de los Estados a nivel internacional. La internacionalista María Londoño al hablar de derecho internacional de derechos humanos y de los derechos fundamentales hace necesariamente alusión a sucesos históricos lamentables como fueron las guerras mundiales que dieron origen a una nueva rama del derecho internacional denominada DIDH (International Human Rights Law). En ella se reconoció de manera explícita, la fuerza vinculante de unos mínimos universales de protección a la persona humana y que supera la idea tradicional dicotómica del derecho nacional versus derecho internacional, al constituir un esfuerzo común de las naciones civilizadas para reconocer los derechos individuales a nivel internacional.⁴³

A raíz de estos esfuerzos y de la promoción mundial para el establecimiento de dispositivos legales que atendieran esta problemática, va surgiendo una nueva rama del derecho orientada al fin de desarrollar fundamentos doctrinales y normas específicas para formar un Derecho internacional de los derechos humanos y aún más, de los derechos fundamentales; este será el conjunto de reglas de Derecho Internacional que reconoce e intenta proteger los derechos de la persona en cuanto a ser sujeto titular de situaciones jurídicas dentro del ámbito material de los que se consideran como derechos o libertades fundamentales; con tres características:

⁴²Cfr. GOMEZ PEREZ, Mara, La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional, Porrúa, México, 2003 p. 25-29.

⁴³Cfr. LONDOÑO LAZARO, María Carmelina, Las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos en perspectiva comparada, en Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, Sistema de Información Científica Redalyc.[<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=Redalyc82400503>] p. 93

- La consideración del individuo o de determinados grupos sociales como sujetos *latu sensu* del derecho internacional;
- La positivización de estos derechos en Declaraciones generales o en Convenios de carácter multilateral;
- La aplicación de medio y técnicas de protección de los mínimos a través de las organizaciones gubernamentales.⁴⁴

Este derecho internacional de derechos fundamentales debe de resolver tres aspectos críticos:

- Cuales son lo mínimos y que derechos se deben de contemplar;
- El alcance jurídico que debe de otorgar esos derechos;
- El problema de aplicabilidad en territorios no autónomos o que no reconocen ningún tipo de declaración.

Estos tres puntos son derivados de la obligatoriedad de cualquier Declaración de Derechos puesto que no constituyen un Tratado multilateral del que pueden derivar responsabilidades jurídicas internacionales para los Estados firmantes y que únicamente está facultada para realizar recomendaciones, sin embargo, se considera que el valor moral e incluso el pertenecer a la Organización de Naciones Unidas hace obligatorio cualquier documento tomando en consideración que uno de los fines de la organización es el *respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales*.

Serían contenidos del derecho internacional de los derechos fundamentales y materia especial de la que se podrían integrar tres ramas: el derecho internacional humanitario, derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional de los derechos sociales; lo anterior de conformidad a las fuentes establecidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que a la letra menciona:

Artículo 38

1. *La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:*

⁴⁴pag.27...desconocido. Capítulo Primero Estudio comparado e histórico de la protección de los derechos humanos.

a) *Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;*

b) *La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;*

c) *Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;*

d) *Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59;*

2. *La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convienen.*

De estas fuentes de derecho se desprenden diferentes instrumentos que no constituyen formalmente tratados, sino instrumentos no vinculantes, que de manera teórica no generan obligaciones internacionales para los Estados.

III.2.3 Tratados internacionales

La incorporación de los tratados de derechos humanos y derechos fundamentales al derecho interno requiere un tratamiento distinto, puesto que el contenido de estos instrumentos sobrepasa las fronteras de la jurisdicción del Estado parte, ya que poseen algunas características que los diferencian de los tratados internacionales.

En opinión de Corcuera, el contenido de los tratados internacionales regula la obligación de un Estado frente a sus habitantes y no a favor de un Estado contraparte.⁴⁵ Aunque fácticamente no siempre es aplicada esta referencia, sino lo establecido en el documento que se firmó y que se formalizó con la ratificación.

Es importante mencionar que este tipo de instrumentos directa o indirectamente vinculan la protección de estos derechos tanto en su objeto o propósito y su estructura; esto no quiere decir que deban de tener esa connotación para estar en esta clasificación, puesto que existen casos en los que el objeto y fin del instrumento no es el reconocimiento de derechos humanos pero que coinciden en su contenido.

⁴⁵ Cfr. CORCUERA CABEZUT, Santiago. *Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Oxford Univerty Press, 2002 p.72.

En la actualidad, se estima la tendencia de la aplicación del principio de primacía de la norma que favorece a la víctima en los derechos humanos, de esta forma se tilda de supremacía por encima de los ordenamientos nacionales de más alta jerarquía.

Dentro de los Instrumentos Universales Generales más representativos encontramos:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (10 de diciembre de 1948);
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (16 de diciembre de 1966);
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo. (16 de diciembre de 1966).

Los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos o derechos fundamentales son variados y derivados de la gran diversidad de fuentes que lo integran, dentro de los más importantes encontramos los de interpretación de la propia Declaración y de los mecanismos de obligatoriedad a los Estados, es decir no se trata de tratados multilaterales, bilaterales caracterizado por un intercambio recíproco de derechos y obligaciones para beneficio de los Estados, *su objeto y fin es la protección de derechos humanos*. No se tienen intereses propios sino solamente el interés común que es el de preservar los fines superiores o la razón del instrumento. Se afirma con lo anterior que los tratados de derechos humanos o fundamentales tienen un contenido que apunta a la protección de las garantías mínimas del hombre y que no son restringidos por los intereses de los firmantes.⁴⁶

De manera doctrinal Bidart Campos Germán y Carnota Walter nos refieren a una serie de criterios con los cuales es más sencilla la interpretación de la Declaración de Derechos Humanos y que puede ser aplicada para otros documentos con contenido análogo.⁴⁷

- Criterio de operatividad; refiere al funcionamiento y obligación directa al Estado y los poderes del Estado, independientemente de la existencia de un despliegue reglamentario.

⁴⁶Cfr. GOMEZ PEREZ, Mara, op. Cit., p. 17.

⁴⁷Cfr. BIDART CAMPOS, German y CARNOTA, Walter, op. cit., p. 20-23.

-Criterio de la sintonización con el derecho internacional de los derechos humanos; esta refiere a la homologación del orden interno al internacional de tal forma que se complementan y subsanan posibles lagunas jurídicas.

-Criterio de derechos implícitos; es la implementación y adopción de la doctrina de los derechos no enumerados y que generalmente no los encontramos textuales.

-Criterio de la aplicación social progresiva; erigido como facultad u obligación constitucional y que van acorde con el propio desarrollo del Estado.

-Criterio de la aplicación supletoria del derecho internacional de los derechos humanos; encaminada permitir un catalogo más amplio y completo de los derechos humanos.

-Criterio de la prevalencia del derecho material o sustancial por sobre el procesal; jerarquiza en caso de conflicto la aplicación de la norma.

-Criterio del contenido esencial de los derechos; refiere a la preeminencia del contenido de estos derechos ya sea por función legislativa o judicial. La anterior enumeración de criterios abona de manera inequívoca a la observancia y aplicabilidad de los derechos fundamentales desde una perspectiva de universalidad.

CONCLUSIONES

1.- Efectuar un acercamiento al tema de los derechos fundamentales y su universalización, es una oportunidad para revisar de qué manera los países han enfrentado una de las preocupaciones de la humanidad de las últimas décadas, tras haber vivido las experiencias lamentables de la primera mitad del siglo pasado, entre los horrores de las guerras, los fenómenos xenofóbicos y los innumerables efectos de una población creciente y demandante.

2.- México, en la Constitución en 1824 no introdujo ningún dispositivo que aludiera a derechos individuales, toda vez que la nascente nación demandaba en primer término, garantizar la soberanía nacional y organizar el ejercicio del poder. Será la Constitución de 1857 la que incorporará la salvaguarda de las llamadas garantías individuales y, otras disposiciones que facultaban al Estado constitucional para actuar en nombre de la República a través del Congreso y dictar leyes para reducir la desigualdad y la ignorancia; reorganizar al país, acabar con fueros y privilegios. Si bien se produjeron algunas leyes en este sentido, no alcanzó el tiempo para convertir los principios enunciados en una realidad cotidiana, al prevalecer intereses que hicieron del orden constitucional aprobado, letra muerta.

3.- Los cambios vividos en los albores del siglo XX en la composición política del planeta, la eliminación de los últimos reductos feudales y la adopción de otras formas de gobierno, derivadas de nuevas corrientes ideológicas, fueron la manera en que las naciones buscaron respuestas para resolver sus contradicciones estructurales y consolidar sus respectivos procesos de integración. México transitó hacia una nueva etapa en su historia al incorporar al orden constitucional en 1917 los llamados entonces derechos sociales, que habrían de sumarse a las garantías individuales ya consagradas.

4.- El origen del derecho se puede vincular a la necesidad de contar con un instrumento de control, armonía y de alguna forma como un intento de garantizar la supervivencia de un determinado grupo de personas, este tipo de regulación delimita al poder y del mismo modo lo faculta; así, se va construyendo todo un andamiaje normativo para regular los diferentes ámbitos de la actividad humana en sociedad; derivado de lo anterior es necesario establecer derechos que garanticen bienes jurídicos fundamentales.

5.- La referencia cotidiana al concepto de derechos humanos y que las corrientes constitucionalistas modernas prefieren denominar derechos fundamentales, resulta ya un lugar común en las preocupaciones sociales, así como referir su importancia y promover su respeto; esta conducta cada vez más generalizada ha contribuido sin duda a impulsar los procesos para el establecimiento de regímenes democráticos legitimados y sustentados en ideales de justicia y respetuosos de la condición humana y de la propia dignidad del ser humano.

6.- La importancia de los derechos fundamentales radica en el rango establecido al interior de cada Estado y de manera fáctica, a la importancia y protección que tengan los individuos y los mecanismos garantistas establecidos en su derecho interno. Es entonces la génesis y evolución de los derechos fundamentales en cada sistema jurídico la que determina el grado de evolución del Estado.

7.- Redactada para acompañar la Constitución del Estado de Virginia, en sus 18 artículos se enumeran derechos próximos a la noción moderna de derechos fundamentales: igualdad de todos los hombres, separación de los poderes públicos, primacía del poder del pueblo y sus representantes, libertad de prensa, subordinación del poder militar al poder civil, derecho a que se haga justicia, libertad de culto; traducido al francés, este texto se dice que influenció al Comité redactor de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, durante la Revolución Francesa de 1789.

8.- La corriente moderna relativa al estudio del constitucionalismo y el garantismo, en la interpretación de Luigi Ferrajoli, define los derechos fundamentales en expectativas positivas, (de prestaciones) o negativas, (de no lesiones) que se atribuyen a las personas, ciudadanos, o personas con capacidad de obrar, de forma universal e indisponible.

9.- En la misma línea de pensamiento, sustenta Ferrajoli, las constituciones son contratos sociales, pactos fundantes de la convivencia civil generados a través de los movimientos revolucionarios, que de esta manera se han impuesto a los poderes públicos, con lo cual se legitiman; pero el contrato conlleva la cláusula de tutelar precisamente los derechos fundamentales por parte del soberano, lo que provocaría la ruptura del pacto en caso de violación por éste, legitimando así el derecho de resistencia.

10.- No obstante que los derechos fundamentales reflexiona Ferrajoli, son atribuidos por el derecho positivo tanto internacional como nacional, no solo a las personas que tienen la calidad de “ciudadanos”, sino a todos los seres humanos sin distinción alguna, ahora en que los países ricos y las ciudadanías acomodadas se sienten amenazadas por los fenómenos migratorios que se registran en todo el mundo, vuelve a retomarse la interpretación de Marshall en referencia a la ciudadanía como titular de los derechos y negando la universalidad del concepto de derechos fundamentales, y con ello la categoría de igualdad.

11.- La regresión que pudiera significar este aislamiento de ciudadanías identificadas en una particular democracia, respecto a las demás democracias o unidades políticas diversas, significaría un quiebre muy lamentable (o afortunado?...) del modelo de democracia occidental al negar en este momento el concepto de universalismo normativo, cuando la realidad mundial –política, económica, social e inclusive cultural-, pareciera conducir a una integración total.

12.- Siendo pues, los derechos sociales fundamentales los instrumentos mediante los cuales el pueblo y todas las personas que lo componen, contienen en un sistema democrático los abusos del poder que pudieran afectar sus derechos civiles, de libertad y sociales,..en tiempos como los que vivimos, es precisamente esta concepción garantista de la democracia, la que debe ser afirmada y defendida contra las degeneraciones mayoritaria y tendencialmente plebiscitarias de la democracia representativa y sus perversiones videocráticas; o dicho en una palabra, contra la “kakistocracia” (ó gobierno de los peores) de la que habla Bovero.

13.- Al asumirse la ciudadanía y todas las personas como titulares de la Constitución pero muy especialmente de los derechos fundamentales por ella consagrados, en pleno ejercicio de estos derechos, -el poder del pueblo-, cuando los responsables del poder incumplen con las facultades otorgadas, sojuzgando y violentando cotidianamente los derechos fundamentales o permitiendo que esto ocurra ¿Qué hacer en el marco de esos derechos, para reorientar el rumbo de la república? El ejercicio de la soberanía mediante la aplicación de los derechos fundamentales deberá empezar a actuar sobre las estructuras y maquinarias políticas y sobre los aparatos administrativos ineficaces y corruptos. Habrá de ser la acción de todos, la requerida para someter a esa degeneración mayoritaria que ha puesto en riesgo la unidad estatal.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEX, Robert, Teoría del discurso y derechos constitucionales, Fontamara, México, 2007
- ARÉVALO ÁLVAREZ, Luis Ernesto, El concepto jurídico y la génesis de los derechos humanos, Lupus Magister, 2ª ed, México, 2001
- BIDART CAMPOS, German y CARNOTA, Walter, Derecho Constitucional Comparado, tomo II, Ediar, Argentina, 2000
- CABANELAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Argentina 1998,
- CARPISO, Enrique, Derechos fundamentales, Interpretación Constitucional, La Corte y los Derechos. Ed. Porrúa, México, 2009
- CIENFUEGOS SALGADO, David. Historia de los Derechos Humanos. Apuntes y textos históricos, Comisión de Defensa de los Derechos Humanos del Estado de Guerrero, México, Gro, 2005
- El pequeño Larousse Ilustrado, Larousse, México, 1996
- DE PINA, Rafael, Diccionario de Derecho, 8ª ed, Porrúa, México, 1989
- Diccionario Básico de la Lengua Española, Larousse, México, 1984
- FELIX TRIGO, Ciró. “Derechos del hombre y del ciudadano” en Enciclopedia Jurídica
- FERRAJOLI, Luigi., Los fundamentos de los derechos fundamentales, Trotta, España, 2009,
- FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías
- FERRAJOLI Luigi, SOBRE LA DEFINICION DE “DEMOCRACIA”. Una discusión con Michelangelo Bovero
- Omeba, Driskill S.A. Argentina, Tomo VIII, 1990
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, 4ª ed, Porrúa, México, 1973
- GOMEZ PEREZ, Mara, La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional, Porrúa, México, 2003
- LONDOÑO LAZARO, María Carmelina, Las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos en perspectiva comparada, en Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, Sistema de Información Científica
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Teoría y Dogmática de los derechos fundamentales, UNAM-IIJ, México, 2003
- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús, “Derechos humanos” en Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, México, Tomo III, 1985
- SÉPÚLVEDA, César, Derecho Internacional, décimo sexta edición, Porrúa, México, 1991
- SIRVENT GUTIERREZ, Consuelo, Sistemas Jurídicos Contemporáneos 12ª ed, Porrúa, México, 2010
- TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, Derecho en Diccionario Jurídico Mexicano, 4ª ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, México, Tomo II, 1991
- ZAMORA GRANT, José, Introducción al estudio de los derechos humanos, Gudiño Cicero, México, 2007

PAGINAS DE INTERNET

- <http://www.colectivodeabogados.org/Exigibilidad-juridica-de-los-DESC>
- <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derycul/cont/8/ens/ens6.pdf>
- http://www.aidh.org/uni/Formation/ooHome_e.htm
- <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>
- <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm>
- Organización de Naciones Unidas, Documentos históricos, versión electrónica en www.onu.org/
- http://www.miguelcarbonell.com/articulos_periodicos/lf.shtml
- <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=Redalyc82400503>

PROTECCIÓN A LOS PERIODISTAS. LOS CASOS DE ITALIA Y COLOMBIA

LIC. ANGÉLICA HERNÁNDEZ REYES

Las especulaciones teóricas sobre la libertad (de expresión) pueden ser infinitas, pero la realidad nos revela, como hecho indubitable, que la subsistencia de la democracia constitucional está condicionada por la subsistencia de la libertad de expresión. Cuando más plena y absoluta sea esa libertad, mayor será el grado de intensidad que presentará un sistema democrático y menores serán las posibilidades de que el hombre deje de ser el centro de la historia universal, para transformarse en un simple medio puesto al servicio de un objetivo que no se compadece con los elementos configurativos de la dignidad humana.

Gregorio Badeni

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la libertad de expresión y la libertad de prensa constituyen un bien social y jurídico de toda democracia, lo que nadie pone en duda, pues hay muchos aspectos que respaldan dicha aseveración; uno de ellos, es el hecho de que casi todos (aunque sea solo en el discurso) aceptamos a la democracia como un fenómeno alentable a toda organización social. Y es que estas libertades forman parte de los principios esenciales que reivindica el derecho natural, es decir, se refiere a la teoría jurídica que advierte la preexistencia de derechos inherentes al ser humano, como sujeto del orden social.

Sin embargo, estos derechos con el paso del tiempo se han venido deteriorando, lo cual se hace palpable a través de los casos en el ámbito mundial de periodistas que han sido asesinados, secuestrados, torturados, desaparecidos, encarcelados, o que han recibido todo tipo de agresiones, por apegarse a la verdad, o por querer reivindicar estas libertades, llevados por los principios éticos en el ejercicio de su profesión.

Este deterioro se encuentra plasmado en diversos informes y reportes anuales de Organizaciones No Gubernamentales (ONG's), como el elaborado por *Reporteros sin Fronteras* “Balance de la Libertad de la Prensa 2010, Los periodistas en 2010 tomados como blanco y moneda de cambio”, que señala que en el año 2010, en el mundo murieron 57 periodistas, cifra menor en relación con el reporte del 2009, año en el que murieron 76 periodistas, es decir, un veinticinco por ciento menos⁴⁸; a pesar de ello, los secuestros de periodistas han ido en aumento, pues

⁴⁸REPORTEROS SIN FRONTERAS POR LA LIBERTAD DE PRENSA, Balance de la Libertad de la Prensa 2010, Los periodistas en 2010 tomados como blanco y moneda de cambio, Ninguna Región está exenta, [Documento en línea], [México, citado el 15 de Diciembre de 2010], formato html, disponible en línea: http://es.rsf.org/IMG/pdf/bilan_2010_es.pdf, p. 1.

de 2009 a 2010, se incrementaron de 33 a 51 casos, lo que representa una gran preocupación.⁴⁹ Este mismo informe reporta: 535 periodistas arrestados; 1,374 periodistas agredidos o amenazados; 504 medios de comunicación censurados; 27 periodistas que huyeron de su país; 152 blogueros y ciberciudadanos arrestados; 52 agredidos; y 62 países afectados por la censura en Internet.⁵⁰

En tal virtud, se considera que con el paso del tiempo, estas libertades se han convertido en una garantía fáctica sin reglamentación alguna, ya que ésta depende de decisiones de los gobernantes en turno.

En este orden de ideas, el presente trabajo pretende poner el dedo en la llaga sobre esta situación por la que atraviesan periodistas a nivel mundial, pero sobre todo revisar la posición de nuestro país, pues nos encontramos en la mirada del mundo, ya que diversas organizaciones que protegen los derechos de los periodistas a nivel internacional, han descalificado al gobierno mexicano por las violaciones a los derechos humanos de los mismos, por las pocas o nulas garantías que en la práctica se tienen para el ejercicio periodístico en México⁵¹; además de la violencia y amenazas que constantemente reciben, así como por la censura que padecen, pero sobre todo por el número de periodistas muertos a lo largo de más de una década por trabajar apegados a la verdad, la cual al parecer incomoda a muchos.

La situación es delicada, toda vez que el informe al que me referí anteriormente, indica que en una década en nuestro país no ha mejorado la situación para el ejercicio periodístico, y que nos encontramos entre los tres países más violentos en el mundo para ejercer el periodismo, al lado de Paquistán e Irak:

*En México, la ultraviolencia de los narcotraficantes pesa sobre el conjunto de la población y, por ende, sobre los periodistas, quienes se encuentran particularmente expuestos a ella. Esta situación tiene una fuerte incidencia en la manera en que se trata la información, pues los reporteros limitan al máximo la cobertura de asuntos criminales para correr los menores riesgos posibles”*⁵²

En este mismo sentido, se ha pronunciado el Committee to Protect Journalists, en el documento *Silence or Death in Mexico's Press*, México ocupa el noveno lugar del índice de Impunidad del CPJ 2010, siendo este del 0,085 de asesinatos de periodistas por cada millón de habitantes⁵³, ubicándolo al lado de: 1. Irak; 2.

⁴⁹Ibid., p. 2.

⁵⁰Ibid.

⁵¹Ibid.

⁵²Ibid., p. 3.

⁵³El Índice de Impunidad del Committee to Protect Journalists (CPJ), calcula la cantidad de asesinatos de periodistas impunes en relación con la población de un país. El CPJ ha conducido investigaciones sobre todos los países del mundo durante los últimos diez años. El índice incluye solo aquellos países con cinco o más casos sin resolver.

Somalia; 3. Filipinas; 4. Sri Lanka; 5. Colombia; 6. Afganistán; 7. Nepal; 8. Rusia; 9. México; 10. Pakistán; 11. Bangladesh; y 12. India,⁵⁴ y, advierte:

Las organizaciones criminales están controlando la información en muchas ciudades de México. Algunos medios han intentado abstraerse, negándose a publicar cualquier cosa que tenga que ver con el tráfico de drogas, incluso si ello significa ignorar enfrentamientos armados en plena calle. Pero los narcotraficantes no siempre aceptan una negativa. Algunos reporteros señalaron que fueron forzados a publicar reportajes atacando a los carteles rivales.

*El Presidente Calderón y el Gobierno federal de México necesitan hacer más, mucho más, para defender a los medios y para crear un ambiente en el que los periodistas puedan cumplir con su trabajo con un cierto grado de seguridad. Calderón debe emprender acciones decisivas, no sólo porque el Gobierno federal tiene la responsabilidad constitucional de garantizar la libre expresión, sino porque salvaguardar la libertad de prensa es también parte de sus propios intereses estratégicos. No es posible ganar la guerra contra las drogas si el país cede el control de la información pública a los narcotraficantes.*⁵⁵

Periodistas asesinados desde 1992⁵⁶

20 Deadliest Countries

1. Iraq: 150	8. India: 27	15. Rwanda: 17
2. Philippines: 71	9. Mexico: 25	16. Tajikistan: 17
3. Algeria: 60	10. Afghanistan: 23	17. Sierra Leone: 16
4. Russia: 52	11. Turkey: 20	18. Bangladesh: 12
5. Colombia: 43	12. Sri Lanka: 19	19. Israel and the Occupied Palestinian Territory: 10
6. Pakistan: 39	13. Bosnia: 19	20. Angola: 10
7. Somalia: 35	14. Brazil: 18	

⁵⁴CPJ COMMITTEE TO PROTECT JOURNALISTS, Silencio o muerte en la prensa Mexicana, Crimen, violencia y corrupción están destruyendo al periodismo local, Informe especial del Comité para la Protección de Periodistas, Apéndice III: Índice de Impunidad del CPJ 2010, [Documento en línea], [México, citado el 28 de Diciembre de 2010], Septiembre de 2010, disponible en línea: http://cpj.org/es/cpj_mexico_spanish.pdf, p. 48.

⁵⁵Op. cit., p. 2.

⁵⁶CPJ COMMITTEE TO PROTECT JOURNALISTS, 872 Journalists Killed since 1992, [Documento en línea], [México, citado el 28 de Diciembre de 2010], disponible en línea: <http://cpj.org/killed/>

Por ello, considero que en efecto como lo indica este documento, nuestro gobierno debe tomar cartas en el asunto de manera urgente, y garantizar de manera efectiva el libre ejercicio periodístico, así como los derechos humanos de quienes ejercen esta profesión, pues como se sabe un país que no tiene libertad de expresión y libertad de prensa, no puede jactarse de democrático y creo que nuestro país dista mucho de serlo, por lo que deseo que el tema sea de gran interés para nuestros legisladores y se busque la manera de que en efecto, se garantice lo que dicta nuestra Carta Magna.

Este trabajo pretende revisar estas libertades y voltear la mirada a Colombia e Italia, para ver cuál es la situación que impera en esos países y verificar sí las medidas que han tomado sirvieron para garantizar el trabajo periodístico, esperando que sea de utilidad para nuestros lectores.

I. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Para Ernesto Villanueva, en su libro “Derecho mexicano de la información”, el reconocimiento legal de esta libertad a la información, se materializó el 10 de diciembre de 1948, cuando la Organización de las Naciones Unidas, proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, toda vez que se incorpora el derecho a la información como un derecho humano:

Artículo 19: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.⁵⁷

Posteriormente, el 16 de diciembre de 1966, esta libertad se ratifica mediante el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 19, que establece:

Art. 19.-

- 1) Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
- 2) Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
- 3) El ejercicio del derecho previsto en el párrafo dos de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

⁵⁷ VILLANUEVA, Ernesto, Derecho mexicano de la información, México, Oxford, 2000, p. 2.

Villanueva define el derecho a la información, como la rama del *derecho público que tiene por objeto el estudio de normas jurídicas que regulan, lato sensu, las relaciones entre Estado, medios y sociedad, así como, stricto sensu, los alcances y los límites del ejercicio de las libertades de expresión y de información y el derecho a la información a través de cualquier medio*. Indica, que se trata de una rama en formación de la ciencia del derecho, en busca de su autonomía respecto de las ramas clásicas de la ciencia jurídica:⁵⁸

Para Sergio López Ayllón, el derecho a la información (o libertad de expresión y libertad de información), comprende así tres facultades interrelacionadas: las de buscar, recibir, o difundir informaciones, opiniones o ideas, de manera oral o escrita en forma impresa, artística o por cualquier otro procedimiento. En este sentido, tal derecho incluye las libertades tradicionales de expresión e imprenta, pero es más amplio debido a que extiende la protección no solo a la “búsqueda” y “difusión”, sino también a la “recepción” de informaciones, opiniones o ideas por cualquier medio:⁵⁹

Debemos resaltar, que el bien jurídico tutelado en el caso del derecho a la información, es no únicamente la libertad de expresión, sino también contempla la libertad de recibir, investigar y difundir información. Ernesto Villanueva lo clasifica de la siguiente forma:

a) Derecho a recibir información: Como primer bien jurídico tutelado, el derecho que posee todo individuo a recibir información de interés público, susceptible de permitir la conformación de la opinión pública libre, como demostración de un Estado democrático de derecho.

b) Derecho a difundir información: Como segundo bien jurídico tutelado, el derecho de los individuos a difundir información de carácter noticioso, como requisito sine equa non de la conformación de la sociedad civil sobre la que se erige un Estado democrático de derecho. Para que sea posible el Estado debe llevar a cabo las acciones necesarias para poner a disposición general los datos, documentos e informaciones de interés público.

c) Derecho de acceso a los documentos en poder de entidades públicas: Como instrumento normativo subsidiario de la libertad de información, surgiendo este derecho como contrapartida del deber de informar de los aparatos del Estado a la luz del compromiso electoral signado en las urnas entre gobernantes y gobernados, lo que permite a los ciudadanos evaluar el desempeño de los gobernantes.⁶⁰

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ LÓPEZ Ayllón, Sergio, El derecho a la información como derecho fundamental, Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al Mtro. Mario de la Cueva, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, p. 163.

⁶⁰ VILLANUEVA, Ernesto, Régimen Constitucional de las Libertades de Expresión e Información en los países del Mundo, Editorial Fragua, Madrid, 1997, pp. 20-22.

Para los fines del presente trabajo, revisaremos el derecho a la libertad de expresión y a la libertad de prensa, y no así, al derecho de acceso a la información pública, por no formar parte de nuestro objeto de estudio.

1.1 El derecho a la libertad de expresión

De acuerdo con Gregorio Badeni, la expresión del pensamiento es traducido en la comunicación, a través de la cual se transmiten ideas y conocimientos, como un proceso que abarca los procedimientos y técnicas que permiten materializar el intercambio espiritual. El análisis de la libertad de expresión, resulta imposible si no se considera de manera simultánea, los medios empleados para concretar la comunicación. A lo largo de la historia universal, estos medios empleados han sido: pergaminos, papiros, vitela y papel, pero los libros se considera fue el primero de los medios de comunicación social modernos.⁶¹

Respecto a esta libertad, Ernesto Villanueva la define como *uno de los derechos fundamentales del hombre, porque representa la prolongación de la garantía individual de pensar, ejercicio sin el cual no es posible aventurar la posibilidad del desarrollo del hombre en sociedad. La lucha por la libertad de expresión constituye una larga batalla contra el dogma, el autoritarismo y las inercias contra el cambio y la innovación. Más aún, puede afirmarse que la conquista revolucionaria de la libertad de expresión se enmarca en los procesos de transición entre el tradicionalismo⁶² y el ascenso a la modernidad que tiene lugar en Europa entre los siglos XVII y XIX.*

Para Luz del Carmen Martí, en su libro *Democracia y Derecho a la Información*, advierte que tanto la libertad de expresión, como el derecho a la información, son derechos a una comunicación libre, ambas contienen dos dimensiones propias de todo derecho fundamental, toda vez que desde el punto de vista individual, los derechos humanos están ligados a la dignidad humana, se trata de la proyección positiva, inmediata y vital de la misma, constituyendo un núcleo básico, irrenunciable e ineludible del status jurídico de la persona, pero además de este plano subjetivo, poseen una dimensión objetiva, ya que constituyen elementos imprescindibles, de orden jurídico general, que en el caso de una comunicación libre, se relacionan directamente con la democracia.⁶³

De lo expresado por estos autores, se hace evidente la interdependencia entre la libertad de expresión y el derecho a la libertad de prensa, lo cual se puede ver claramente en el contenido de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Octubre de 2000), al señalar que:

⁶¹BADENI, Gregorio, *Libertad de Prensa*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1991, p. 31.

⁶²Ibid., p. 11.

⁶³MARTÍ Capitanachi, Luz del Carmen, *Democracia y Derecho a la Información*, Edit. Porrúa, México, 2007, pp. 122-123.

RECONOCIENDO que la libertad de prensa es esencial para la realización del pleno y efectivo ejercicio de la libertad de expresión e instrumento indispensable para el funcionamiento de la democracia representativa, mediante la cual los ciudadanos ejercen su derecho a recibir, difundir y buscar información...

1.2 El derecho a la libertad de prensa

Para Badeni, la libertad de expresión puede ser un complemento indispensable e indivisible de la libertad de pensamiento, la cual se exterioriza por medio de diversos medios empleados por el hombre. Estos medios y procedimientos encierran diversas modalidades -todas las posibles-, entre ellas: la cátedra, la tribuna, el púlpito, el foro, el estrado, el libro, las revistas, los periódicos, el teatro, la radio, el cinematógrafo, los folletos, la televisión, el internet y cualquier otro medio que en adelante pueda surgir de la invención humana, sin las cuales no es posible comprobar la existencia de la expresión de los pensamientos. La libertad de expresión con las características que le corresponden, se extiende y ampara a toda manifestación de pensamiento con exclusión de los componentes técnicos de cada vehículo de transmisión.⁶⁴

Uno de estos vehículos ha sido la prensa, a la cual en un inicio se le relacionó únicamente con los medios impresos, por haber sido el único medio técnico de comunicación masiva que existió hasta el siglo XIX, pero actualmente, engloba a otros medios cuyas características técnicas los convierten en canales adecuados para la transmisión pública y masiva del pensamiento, tal es el caso del internet.

La prensa comprende de manera sustancial, a los diarios y a las publicaciones periódicas, brindando una información permanente actualizada a los lectores, que en muchas ocasiones es enriquecida por los comentarios, elogios y críticas de los articulistas, cuya fundamentación posibilita la extensión del medio y el lapso para su elaboración.

Podemos advertir, que la libertad de pensamiento requiere de la libertad de expresión, la cual también es inconcebible si se encuentra desprovista de los medios y procedimientos que hacen posible su concreción. También se sabe que la libertad de expresión comprende las libertades de imprenta y la de prensa y así, se sabe que la libertad de prensa es una especie particular de la libertad de expresión, que solo comprende a la palabra escrita insertada en los diarios y publicaciones periódicas, la cual es extendible a los libros.⁶⁵

⁶⁴BADENI, Gregorio, op. cit., p. 30.

⁶⁵Ibíd., pp. 37-41.

Una vez que hemos revisado algunos conceptos relacionados con el tema que nos ocupa, a continuación veremos la situación en nuestro país, respecto del trabajo realizado por los profesionales del periodismo.

II. EL EJERCICIO PERIODÍSTICO EN MÉXICO

En México, el derecho a la libertad de expresión, está regulado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El artículo 6° señala que la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, así como que es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia:

Artículo 6o. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.⁶⁶

De la lectura de este precepto, advertimos una redacción amplia, la cual da pie a la interpretación de varios conceptos, y tal como lo indica Ernesto Villanueva, determina la obligación del Estado para garantizar el Derecho a la Información, como garantía esencial que tenemos los mexicanos, para: a. obtener información; b. informar; y c. ser informados, englobando libertades individuales (libertades de pensamiento, expresión e imprenta), como otras de carácter social (el derecho de los lectores, escuchas o espectadores a recibir información objetiva, oportuna y el acceso a la documentación pública).

Por otro lado, a decir del Dr. Miguel Carbonell, el artículo 6° ha sido uno de los primeros derechos reivindicados en el desarrollo del Estado constitucional, es decir, la libertad de expresión, la cual permite que todas las personas participen en las discusiones públicas, lo que supone uno de los bienes más preciados para una sociedad, y constituye el presupuesto necesario para la construcción de una racionalidad discursiva, la que permite generación de consensos y la toma de decisiones entre los componentes de los diversos grupos sociales, pero también constituye un cauce para la expresión de los disensos, que en democracia son tan naturales (y necesarios) como los acuerdos.⁶⁷

⁶⁶Se adicionó mediante la iniciativa presidencial de cinco de octubre de mil novecientos setenta y siete, así como del dictamen de las Comisiones Unidas de Estudios Legislativos y Primera de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados.

⁶⁷CARBONELL, Miguel, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada, Editorial Porrúa, México, 2007, pp. 74-75.

Continúa diciendo este autor, que la libertad de expresión tiene como consecuencia la prohibición de toda censura, en dos aspectos: 1. No se puede censurar a los interlocutores en cuanto a sujetos dotados de la posibilidad de participar en los debates de la res publica, y 2. No se puede censurar –al menos en forma previa– los contenidos posibles de la discusión, es decir, todos los temas deben de ser discutibles dentro de una democracia y por tanto, sobre todos ellos se debe proyectar la libertad de expresión.⁶⁸

Los límites a la libertad de expresión están determinados por el propio artículo 6º: los ataques a la moral, los derechos de terceros, cuando se provoque algún delito o cuando sea perturbado el orden público; sin embargo, al no estar bien definido en alguna ley qué se debe de entender por ataques a la moral, y ser estos cuatro límites a la libertad de expresión muy vagos, ha traído como resultado tesis jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación peligrosas, sobre las cuales Jesús Orozco Henríquez, se manifestó al indicar que:

*... los términos sumamente vagos, ambiguos e impreciso en que se encuentran redactadas las limitaciones a la libertad de expresión –sin que la legislación secundaria, ni la jurisprudencia proporcionen un criterio seguro y fijo para establecer en qué casos la libre expresión del pensamiento ataca a la moral, los derechos de terceros o perturba el orden público– ha permitido su interpretación y aplicación arbitraria o caprichosa por parte de las autoridades judiciales y administrativas, así como lo más grave, la abstención frecuente del ciudadano para expresarse por razón de la inseguridad jurídica prevaleciente, ya que se teme que cierta expresión, aun cuando se encuentre protegida en la mayoría de los sistemas democráticos pueda llegar a considerarse proscrita por los órganos del Estado mexicano...*⁶⁹

Para el Dr. Carbonell, además de las limitantes del propio artículo 6º, existen otras que están contenidas en el artículo 3º y que pueden ser interpretadas a contrario sensu, al indicarse que la educación no podrá favorecer los privilegios de raza, religión, grupos, sexos o individuos, lo que supone un límite para todos los que intervienen en los procesos educativos, principalmente profesores. Y también indica que en el mismo sentido se puede analizar el artículo 130, que prevé que los ministros de culto religioso no puedan oponerse, en los actos de culto o en publicaciones de carácter religioso, a las leyes o instituciones del país.⁷⁰

Por su parte, el artículo 7º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, indica:

Artículo 70. Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.

⁶⁸Ibid, p. 75.

⁶⁹Ibid, p. 79.

⁷⁰Ibid.

Las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delito de prensa, sean encarcelados los expendedores, "papeleros", operarios y demás empleados del establecimiento donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquéllos.

Respecto de este artículo, el Dr. Miguel Carbonell señala que se refiere a la libertad de imprenta, es decir, a la libertad de expresión, la cual debe de ser ejercida a través de los diversos medios de comunicación, entendiendo a la libertad de imprenta, en su sentido más amplio, la cual actualmente, debe comprender medios electromagnéticos o electrónicos, tales como computadoras o en disquetes, informaciones publicadas en internet, etc., por lo que la libertad de escribir y publicar debe proteger el ejercicio de dichas actividades a través de internet o discos compactos.

Con relación a los límites de la libertad de imprenta, este autor indica que son poco precisas, pues aparecen en la vida privada y la paz pública, conceptos igualmente ambiguos y no es la única problemática que presenta este precepto constitucional, toda vez que la *Ley sobre Delitos de Imprenta de 1917* vigente, es inclusive anterior a la entrada en vigor del texto constitucional, por lo que es necesario que el Congreso de la Unión, expida una regulación moderna para el mejor ejercicio y la efectiva protección de dicha libertad, pues esta ley contiene aspectos que contradicen el texto constitucional y a diversos tratados internacional respecto del tema de derechos humanos.⁷¹

El marco legal de la prensa en México, incluye a esta Ley sobre delitos de Imprenta, así como también a la Ley de Premios, Estímulos y Recompensas Civiles; la Ley Federal de Radio y Televisión; el Reglamento de la Ley Federal de Radio y Televisión, en Materia de Concesiones, Permisos y Contenido de las Transmisiones de Radio y Televisión, las cuales no serán objeto de análisis para el presente trabajo, solo pretendemos dejar evidencia de que a nivel constitucional las libertades a las que nos hemos referido en este trabajo están garantizadas.

Tal como se dijo en la parte introductoria, en el documento denominado Silencio o muerte en la prensa mexicana, del Committee to Protect Journalist, México ocupa el noveno lugar del índice de Impunidad del CPJ 2010⁷² con 0,085 de asesinatos de periodistas por cada millón de habitantes, lista que incluye a los siguientes países:⁷³

⁷¹ Ibid, pp. 83-84.

⁷² El Índice de Impunidad del CPJ calcula la cantidad de asesinatos de periodistas impunes en relación con la población de un país. El CPJ ha conducido investigaciones sobre todos los países del mundo durante los últimos diez años. El índice incluye solo aquellos países con cinco o más casos sin resolver.

⁷³ CPJ COMMITTEE TO PROTECT JOURNALISTS, Silencio o muerte en la prensa Mexicana, Crimen, violencia y corrupción están destruyendo al periodismo local, Apéndice III: Índice de Impunidad del CPJ 2010, Septiembre de 2010, [Documento en línea], [México, citado el 28 de Diciembre de 2010], disponible en línea: http://cpj.org/es/cpj_mexico_spanish.pdf, p 48.

LUGAR	PAÍS	INDICE DE IMPUNIDAD ASESINATOS DE PERIODISTAS NO RESUELTOS POR CADA MILLÓN DE HABITANTES
1.	Irak	2,794
2.	Somalia	1,000
3.	Filipinas	0,609
4.	Sri Lanka	0,496
5.	Colombia	0,292
6.	Afganistán	0,240
7.	Nepal	0,210
8.	Rusia	0,127
9.	México	0,085
10.	Pakistán	0,072
11.	Bangladesh	0,044
12.	India	0,006

Además, indica que desde que Felipe Calderón Hinojosa asumió la presidencia de la República, 22 periodistas han sido asesinados, por lo menos ocho de ellos fue como represalia directa por la cobertura de actividades delictivas y hechos de corrupción; tres más fueron asesinados, y al menos otros siete periodistas se encuentran desaparecidos. Aunado a esto, decenas de periodistas han sido víctimas de ataques, secuestros o se han visto forzados al exilio.⁷⁴

Este reporte advierte que el Gobierno federal, ha reconocido sólo ocasionalmente a la violencia contra la prensa como problemática nacional y que la fiscalía especial para actos cometidos contra periodistas de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), creada en 2006 ha resultado ser totalmente ineficaz, pues no le se concedió suficiente jurisdicción, para llevar a cabo sus propias investigaciones, lo que ha contribuido a su fracaso, aunque los propios fiscales también en ocasiones aparentan desinterés en su misión.⁷⁵

Por otro lado, el 24 de Agosto de 2010 relatores especiales sobre libertad de expresión de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Frank La Rue, y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Catalina Botero, quienes estuvieron en nuestro país, indicaron que somos el país más peligroso para ejercer el periodismo en el Continente Americano, que tal situación se debe a la ausencia de un marco jurídico claro certero y equitativo en materia de asignación de las frecuencias de radio y televisión; por la inexistencia de mecanismos de acceso a medios alternativos de comunicación; por la falta de regulación de la publicidad

⁷⁴Ibíd., p. 3.

⁷⁵Ibíd.

oficial; por una emergente tendencia a restringir el derecho al acceso a la información pública; además de que en los códigos penales de 15 entidades, existan todavía delitos contra el honor, a pesar de que a nivel federal ya se derogaron⁷⁶. Respecto del acceso a la información, indicaron que los avances a nivel federal chocan con limitaciones en algunas entidades y municipios para acceder a información pública.⁷⁷

Por lo que recomendaron, el fortalecimiento de la Fiscalía para la Atención a Delitos cometidos contra la Libertad de Expresión de la Procuraduría General de la República (PGR); la capacitación en materia de libertad de expresión a las fuerzas de seguridad; legislar un marco normativo para la desconcentración de la radio y televisión, que permita la creación de radios comunitarias; la creación de un órgano público independiente del gobierno que regule la radio y la televisión; la derogación de tipos penales que criminalizan la libertad de expresión y garantizar que los periodistas no sean sometidos a acoso judicial u otro tipo de hostigamiento jurídico; preservar los avances en materia de acceso a la información y profundizar en el sistema de procuración y administración de justicia, para dar acceso a las sentencias judiciales.⁷⁸

Sabemos que nuestro gobierno tiene un compromiso, tanto nacional a través de lo que dicta la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que garantiza la libertad de expresión y la libertad de prensa, y por otro lado, a nivel internacional a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Declaración Americana sobre Derechos Humanos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y otros instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos de todo individuo y que han sido firmados y ratificados por México.

Debemos señalar que, por lo menos en la apariencia, nuestras autoridades han tenido la intención de brindar protección a los periodistas, lo que se puso de manifiesto mediante la firma del acuerdo entre la Secretaría de Gobernación (SEGOB) y la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), el cual busca establecer un comité de personas notables, quienes elaboren los lineamientos de un mecanismo de protección a periodistas, que se celebró el 3 de noviembre de 2010, aunque esperamos que al igual que la fiscalía no quede solo en buenos deseos.

⁷⁶ En 2007, a nivel federal se despenalizaron del Código Penal Federal, los artículos 350 a 363, relativos a los delitos de calumnia, difamación e injuria.

⁷⁷ CNN México, La ONU y la OEA advierten del peligro de ejercer el periodismo en México, 24 de Agosto de 2010, Por: Tania L. Montalvo, [Documento en línea], [México, citado el 30 de Diciembre de 2010], disponible en: <http://mexico.cnn.com/nacional/2010/08/24/la-onu-y-la-oea-advierten-del-peligro-de-ejercer-el-periodismo-en-mexico>

⁷⁸ NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, Misión México, [Documento en línea], [México, citado el 30 de Diciembre de 2010], disponible en: www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/.../A-HRC-17-27-Add3_sp.pdf p. 2.

Este mecanismo pretende dar impulso ante el grave deterioro de la libertad de prensa en algunas partes del país en los últimos años, debido principalmente a la acción de los carteles de la droga, que han asesinado y coartado a los informadores, lo que también se dice es consecuencia de la visita de los relatores especiales para la libertad de expresión de la ONU y de la Organización de los Estados Americanos (OEA), que indicamos.

Este plan de protección que se pretende implementar en el mes de septiembre, al parecer incluye un sistema de alerta temprana, reformas legales para evitar la prescripción de estos delitos, un paquete de seguridad social y otro de prácticas ideales del ejercicio profesional. También se contempla la posibilidad de cambiar a los periodistas de ciudad si son víctimas de persecución por algún grupo criminal.⁷⁹

De manera adicional, se encuentra en el Congreso para su discusión una iniciativa que envió el Gobierno, a fin de elevar a nivel federal los delitos cometidos contra reporteros, en virtud de que actualmente recaen sobre fiscalías estatales, menos efectivas por recursos y penetración de los cárteles.⁸⁰

A continuación, revisaremos la situación de los periodistas a nivel mundial, revisando los países en los cuales, el ser profesional de la comunicación es sinónimo de estar en peligro constante, debido a las pocas garantías para el libre ejercicio de la profesión.

III. EL EJERCICIO PERIODÍSTICO A NIVEL INTERNACIONAL

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13, establece que todo individuo tiene derecho a la libertad de expresión⁸¹; este derecho está previsto en los artículos 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁸²; IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸³;

⁷⁹ CNN México, El gobierno de México firma un convenio de protección a los periodistas, 3 de Noviembre de 2010, [Documento en línea], [México, citado el 30 de Diciembre de 2010], disponible en: <http://mexico.cnn.com/nacional/2010/11/03/el-gobierno-de-mexico-firma-un-convenio-de-proteccion-a-los-periodistas>

⁸⁰ LA CRÓNICA DE HOY, México suscribe acuerdo para activar plan de protección a periodistas, [Documento en línea], [México, citado el 30 de Diciembre de 2010], 3 de Noviembre de 2010, Sección Nacional, disponible en línea: http://www.cronica.com.mx/nota.php?id_notas=541896

⁸¹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Convención Americana sobre Derechos Humanos, [Documento en línea], [México, citado el 30 de Diciembre de 2010], disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

⁸² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración Universal de los Derechos Humanos, [Documento en línea], [México, citado el 30 de Diciembre de 2010], disponible en: http://www.un.org/es/comun/docs/?path=/es/documents/udhr/index_print.shtml

⁸³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, [Documento en línea], [México, citado el 30 de Diciembre de 2010], disponible en: <http://www.cidh.org/basicos/Basicos1.htm>

y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁴. Asimismo, el artículo 8 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión señala que “*todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales*”;⁸⁵ siendo este derecho uno de los pilares en el desarrollo de la labor periodística, lo que hace evidente que cualquier afectación a este derecho también lo es a la libertad de expresión.

Con anterioridad a estos instrumentos, hubo otros que se refirieron a la libertad de expresión, tales como la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, en la que se señalaba:

*Artículo 10.1.: Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.*⁸⁶

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos de la OEA de 1969, en San José de Costa Rica conocido como Pacto de San José, define de manera clara los conceptos que refieren a la libertad de expresión, derecho a la privacidad, derecho a la información y derecho de réplica, además de señalar en el artículo 2°:

*Si el ejercicio de los derechos y libertades aquí mencionados no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*⁸⁷

Como podemos observar, a pesar de que existen diversos instrumentos internacionales que garantizan el derecho a la libertad de expresión, los cuales han pretendido brindar protección a los trabajadores de la comunicación, de acuerdo con el informe de 2009 de Freedom House⁸⁸ la libertad de prensa descendió a nivel mundial por octavo año consecutivo, indicando que los mayores regresiones se dieron en América Latina y la ex Unión Soviética, marcando retro-

⁸⁴ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LAS NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, [Documento en línea], [México, citado el 30 de Diciembre de 2010], disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>

⁸⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, [Documento en línea], [México, citado el 30 de Diciembre de 2010], disponible en: <http://www.cidh.org/basicos/basicos13.htm>

⁸⁶ GARCÍA Sanz, Rosa María, El Derecho a Opinar Libremente, Edit. Eudema Actualidad, Madrid, 1990, p. 133.

⁸⁷ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Convención Americana sobre Derechos Humanos, [Documento en línea], [México, citado el 30 de Diciembre de 2010], disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

⁸⁸ Fundación estadounidense para la defensa de la libertad de expresión.

cesos para nuestro país, y Honduras, también señala en el mismo que la situación empeoró para Ecuador, Nicaragua y Venezuela. Destacó que los Estados Unidos de Norteamérica, no cuenta con una ley federal que proteja fuentes y que a causa de la crisis económica existe un riesgo latente de perder la diversidad de medios, e indicó que Italia existe una concentración de medios privados e injerencias oficiales en los medios públicos.

Por su parte, sentenció que Rusia continuó siendo uno de los ambientes más represivos para medios de comunicación y que el régimen chino es líder en desarrollar métodos sofisticados para controlar la información.

Los diez países peor calificados fueron: Bielorrusia, Myanmar, Corea del Norte, Cuba, Eritrea, Guinea Ecuatorial, Irán, Libia, Turkmenistán y Uzbekistán, donde de acuerdo con esta organización, la prensa independiente es prácticamente inexistente, pues ésta se ha convertido en el portavoz del régimen, y el acceso de los ciudadanos a la información es muy limitada. En el siguiente mapa podemos observar el número de periodistas presos o asesinados en el 2009 a nivel mundial⁸⁹.

Adicionalmente, de acuerdo con cifras de la Asociación Mundial de Periódicos y Editores de Noticias (WAN-IFRA), hasta el mes de Agosto de 2011, a nivel mundial han sido asesinados 37 trabajadores del periodismo, de ellos 3 han sido mexicanos.⁹⁰

De acuerdo con lo que apuntan los expertos, estos ataques a periodistas y a la libertad de prensa tienen dos vertientes: el poder oficial de los gobiernos (Irán, Birmania, Argentina, Venezuela, Cuba, o China), o por mafias organizadas (México, Rusia o Colombia).⁹¹

Podemos observar, que la situación es muy preocupante sobre todo para las personas que trabajan en los medios de comunicación, la cual no es exclusiva de nuestro país.

En este sentido, advertimos que a nivel internacional los trabajadores del periodismo, están expuestos a graves peligros, por su afán en contar lo que ven y con el firme convencimiento de que la verdad es el fundamento de una democracia sana.

⁸⁹ FREEDOM HOUSE, Freedom of the Press 2009, formato pdf, [Documento en línea], [México, citado el 30 de Diciembre de 2010], disponible en línea, <http://www.freedomhouse.org/uploads/pfs/372.pdf>, pp. 17-21.

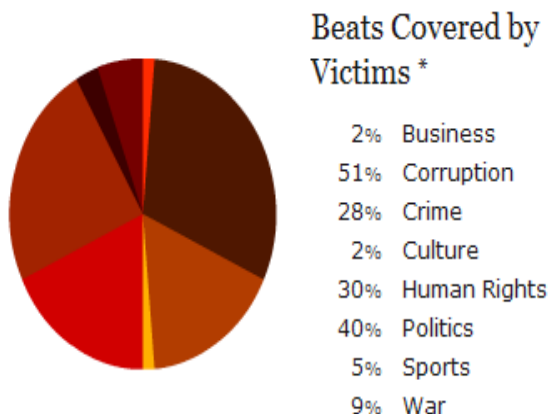
⁹⁰ WORLD ASSOCIATION OF NEWSPAPERS AND NEW PUBLISERS, 37 Media Employees Killed in 2011, [Documento en línea], [México, citado el 30 de Diciembre de 2010], disponible en línea: <http://www.wan-ifra.org/articles/2011/06/24/37-media-employees-killed-in-2011>

⁹¹ EL UNIVERSO, La libertad de prensa retrocedió en todo el mundo, Sección Política, AP-AFP-REUTERS-EFE, 2 de Mayo de 2010, Washington, Guayaquil, Ecuador, formato html, [Documento en línea], [México, citado el 30 de Diciembre de 2010], disponible en línea: <http://www.eluniverso.com/2010/05/02/1/1361/2009-libertad-prensa-retrocedio-todo-mundo.html>

En el apartado siguiente, verificaremos la situación que impera en otro país de América Latina, Colombia, y también echaremos un vistazo a Italia, para revisar si la situación de la prensa en Europa, dista mucho de la que viven los países de nuestro continente.

III.1 Colombia

Una de las razones por las que estudiamos el caso de Colombia, es porque este país realizó un gran esfuerzo legislando para proteger a sus periodistas y disminuyendo el número de casos de periodistas asesinados, tal como lo veremos a continuación:⁹²



Los temas que cubrían los periodistas colombianos asesinados, son: negocios (2%); corrupción (51%); crimen (28%); cultura 2%; derechos humanos (30%); política (40%); deportes (5%) y guerra (9%).

⁹² CPJ COMMITTEE TO PROTECT JOURNALISTS, 40 Journalists Killed in Colombia since 1992/Motive Confirmed, [Documento en línea], [México, citado el 30 de Diciembre de 2010], disponible en línea: <http://cpj.org/killed/americas/colombia/murder.php>

Entrando en materia, primeramente señalaremos que respecto a la tipología de sistemas constitucionales sobre libertades informativas, realizada por Ernesto Villanueva, clasifica a Colombia dentro del sistema paradigmático, ya que su Constitución reconoce además de las libertades de expresión e información, por lo menos tres figuras jurídicas: derecho de acceso a los documentos públicos, derecho de réplica, secreto profesional, clausula de conciencia y el derecho de autor del trabajo periodístico, o bien, la inserción de garantías jurídicas para el mejor desarrollo de las libertades informativas. Dentro de este sistema, la Constitución confiere al Estado un deber de acción más profundo, no únicamente para permitir el ejercicio de libertades informativas, sino para proteger al individuo no solo de la injerencia de los poderes públicos, sino de otros poderes sociales susceptibles de obstaculizar o impedir la formación de una opinión pública libre.⁹³

La libertad de expresión se encuentra contenida en el artículo 20 de la Constitución colombiana, el cual garantiza la libre expresión y la difusión de pensamientos y opiniones, pero algo muy importante, también garantiza el derecho de recibir información:

Artículo 20: Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

Adicionalmente, los artículos 73 y 74 establecen por un lado, que la actividad periodística debe gozar de protección para garantizar su libertad e independencia profesional y por el otro, que todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos, con las salvedades que establezca la ley; además de que el secreto profesional es inviolable.

De manera adicional, existen una serie de decretos que protegen la libertad periodística, a saber:

Decreto 1740 del 19 de Mayo de 2010, del Ministerio del Interior y de Justicia, por el cual se reglamenta el Programa de Protección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia,⁹⁴ que tiene por objeto:

Establecer los lineamientos de la política de protección de personas que se encuentran en situación de riesgo extraordinario o extremo, como consecuencia directa y en razón del ejercicio de sus actividades o funciones políticas, públicas, sociales o humanitarias". (Art. 1).

⁹³VILLANUEVA, Ernesto, op. cit., nota 11, p. 29.

⁹⁴Relativo al artículo 81 de la Ley 418 de 1997, modificada y prorrogada por las Leyes 548 de 1999, 182 de 2002, 1106 de 2006 y se dictan otras disposiciones.

Este decreto está dirigido a los periodistas, pues así lo establece el artículo 4. apartados 3. y 8., al indicar:

Artículo 4. Población objeto del Programa de Protección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia. El Programa prestará protección a personas que se encuentren en la situación descrita en el artículo 1 de este decreto y las cuales estén comprendidas dentro de los siguientes grupos:

1. a 3. ...

4. Periodistas y comunicadores sociales.

8. Dirigentes del Movimiento 19 de Abril M-19, la Corriente de Renovación Socialista - CRS, el Ejército Popular de Liberación - EPL, el Partido Revolucionario de los Trabajadores - PRT, el Movimiento Armado Quintín Lame - MAQL, el Frente Francisco Garnica de la Coordinadora Guerrillera, el Movimiento Independiente Revolucionario Comandos Armados - MIR - COAR y las Milicias Populares del Pueblo y para el Pueblo, Milicias Independientes del Valle de Aburra y Milicias Metropolitanas de la ciudad de Medellín, que suscribieron acuerdos de paz con el Gobierno Nacional en los años 1994 y 1998, se reincorporaron a la vida civil y por sus actividades políticas, sociales, periodísticas, humanitarias o profesionales tienen un nivel de riesgo extraordinario o extremo.

...”.

Se establecen como instancias competentes para el desarrollo de este Programa: la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia y el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos - CRER, que recomendará las medidas de protección que considere pertinentes y determinará la duración de las mismas.

Este programa, contempla las medidas que se pueden adoptar de acuerdo con el nivel de riesgo identificado, siendo estas:

1. Medidas Preventivas:

a. Autoprotección: es la capacitación que se imparte a las personas pertenecientes a la población objeto, con el propósito de darles a conocer las formas adecuadas para minimizar las vulnerabilidades a que se expone una persona en un momento determinado.

b. Patrullajes y revistas policiales: son actividades desarrolladas por la Policía de Vigilancia a pie o en automotores, de forma periódica y preventiva.

c. Actas de responsabilidad y compromiso: es el conjunto de recomendaciones consignadas por escrito que se entrega a las personas, con el fin de darle a conocer las medidas de prevención y procedimientos tendientes a disminuir o minimizar los factores de riesgo.

2. Medidas de Protección.

a. Medios de Movilización: son los medios que se otorgan a un beneficiario en procura de salvaguardar su vida, integridad, libertad y seguridad y con el propósito de minimizar el riesgo que supone su traslado. Estos pueden ser:

- Boleto aéreo internacional. Se asigna un boleto aéreo internacional a los beneficiarios del programa y, de ser necesario, a su núcleo familiar, que se brindará como una medida de protección excepcional. Se suministrará a personas que tengan aceptación por parte del país receptor por un período superior a un año y cuando su nivel de riesgo sea extraordinario o extremo.

- Boleto aéreo nacionales. Se atiende mediante la entrega de boletos aéreos en rutas nacionales y se otorgan al beneficiario y, si es necesario, su núcleo familiar, cuando frente a una situación de riesgo debe trasladarse a una zona que le ofrezca mejores condiciones de seguridad.

b. Apoyo de Reubicación Temporal. Constituye la asignación y entrega de una suma de dinero equivalente a un monto de hasta de un salario mínimo legal mensual vigente al beneficiario, por un máximo de tres veces, ante la necesidad apremiante de salir de la zona de riesgo, para facilitar su traslado y asentamiento en un lugar diferente.

De manera excepcional, se podrá otorgar apoyo de reubicación temporal por tres veces adicionales, por la mitad del monto ordinario cuando persista un nivel de riesgo igual o superior a extraordinario.

c. Apoyo de trasteo.⁹⁵ Valor que se otorga al beneficiario que en razón de su nivel de riesgo o grado de amenaza, deba reubicarse en un lugar o área diferente a la zona de riesgo.

d. Esquemas de Protección. Son los recursos físicos y humanos otorgados a los beneficiarios del Programa para su protección.

e. Chalecos Antibalas. Es la asignación de una prenda blindada para la protección del cuerpo humano.

f. Medios de Comunicación. Son los equipos de comunicación entregados como elementos para la protección, con el objeto de permitir acceso a la comunicación oportuna y efectiva del beneficiario con los organismos del Estado

⁹⁵ El Diccionario de la Real Academia Española, señala que la voz trasteo, significa mudarse o dejar la casa que se habita y pasar a otra.

que participan en el Programa de Protección de Derechos Humanos, con el fin de comunicar una situación de emergencia y dar cuenta de su situación de seguridad.

g. Blindaje de inmuebles e instalación de sistemas técnicos de seguridad. Están constituidos por elementos y equipos de seguridad integral, para el control del acceso a los inmuebles de propiedad de las organizaciones donde se encuentre su sede principal. En casos excepcionales podrán dotarse estos elementos a las residencias de los beneficiarios del Programa de Protección del Ministerio. En todos los casos, esta medida se implementará conforme a las recomendaciones del estudio de seguridad.

Este decreto contempla 5 tipos de esquemas de protección para el Programa de Protección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia, los cuales contemplan vehículos (pueden ser o no blindados), choferes y escoltas (varía dependiendo a quien vaya dirigida dicha protección), la protección se puede brindar a un solo individuo o a un grupo de personas.

Los criterios para la evaluación del nivel de riesgo, son:

1. El origen de la amenaza y relación causal. La amenaza debe estar originada en la violencia armada organizada y, en razón, o como consecuencia del ejercicio directo de las funciones, cargo o actividad del solicitante o la calidad que ostenta.

2. Calidad del peticionario. El peticionario debe pertenecer a una de las categorías que describe el propio decreto.

3. Circunstancias del riesgo: a. Debe ser específico e individualizable, es decir, no debe tratarse de un riesgo genérico; b. Debe ser concreto, es decir, estar basado en acciones o hechos particulares y manifiestos, y no en suposiciones abstractas; c. Debe ser presente, esto es, no remoto ni eventual; d. Debe ser importante, es decir, que amenace con lesionar bienes o intereses jurídicos valiosos para el sujeto, por lo cual no puede tratarse de un riesgo menor; e. Debe ser un riesgo serio, de materialización probable por las circunstancias del caso, por lo cual no puede ser improbable; f. Debe tratarse de un riesgo claro y discernible, no de una contingencia o peligro difuso; g. Debe ser un riesgo excepcional, en la medida en que no debe ser soportado por la generalidad de los individuos; y, h. Debe ser desproporcionado, frente a los beneficios de protección que deriva la persona de la situación por la cual se genera el riesgo.

4. Identificación de Zona de Riesgo. La situación de riesgo deberá presentarse en el territorio nacional y la zona de riesgo debe ser identificada y delimitada en cada caso concreto.

La Policía Nacional debe realizar el estudio de nivel de riesgo, que será presentado ante el Comité que corresponda de acuerdo con lo que establece el decreto, como insumo para el análisis y la recomendación de las medidas correspondientes (Art. 25). Este estudio de nivel de riesgo, debe realizarse en un término no superior a los 30 días hábiles siguientes a la solicitud presentada por el respectivo Programa.

Las medidas de protección pueden ser suspendidas por el uso indebido de las medidas asignadas o a solicitud del beneficiario, lo cual se debe hacer por escrito ante la entidad que le presta los servicios de protección.

El decreto contempla tres tipos de procedimientos: el procedimiento ordinario, el procedimiento de emergencia y el procedimiento para la activación de presunción Constitucional de Riesgo, los que veremos a continuación:

La implementación del procedimiento ordinario y de las medidas de protección, serán adoptadas mediante manual por el Programa de Protección. Este procedimiento se inicia con una solicitud por escrito del afectado o un tercero, para lo que el afectado debe acreditar que cuenta con alguna de las categorías que señala el propio decreto, así como comprobar la existencia de causalidad, la vigencia del riesgo y el sitio de ubicación o permanencia, etc., e incluso con el fin de ampliar la información del solicitante, se puede realizar una entrevista. Posteriormente, se realiza el estudio de nivel de riesgo por parte de la Policía Nacional, se presenta la situación particular ante el Comité que corresponda, para la evaluación y recomendación de las medidas de protección pertinentes.

Una vez realizado lo anterior, se notifica de las recomendaciones a los beneficiarios y se implementan las medidas recomendadas por el Comité. Existe la obligación de una revisión periódica de las medidas implementadas.

En cuanto al procedimiento de emergencia, procede en caso de riesgo inminente, para lo cual el Director de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia puede adoptar, medidas provisionales de protección para los beneficiarios del Programa, sin que se haya revisado el nivel de riesgo e informar de las mismas al Comité, a fin de que éste recomiende las medidas definitivas.

Finalmente, el procedimiento para activación de presunción constitucional de riesgo es definido en el decreto como la admisión de la existencia de un riesgo extraordinario o extremo, en virtud del cual se considera como cierta la situación de amenaza presentada por un dirigente, líder, representante o persona desplazada, hasta tanto las autoridades competentes no la desvirtúen, mediante un estudio de nivel de riesgo.

La presunción constitucional de riesgo amparará a dirigentes, líderes y representantes de la población desplazada, así como a personas en situación de desplazamiento forzado, que acrediten ante las autoridades competentes que se encuentran en situación de riesgo extraordinario o extremo.

Decreto 2788 de 2003: Del 2 de Octubre de 2003 por el cual se unifica y reglamenta el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos de los Programas de Protección de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia (CRER), el cual regula la conformación de dicho Comité, sus funciones, entre las que se destacan:

1. Evaluar los casos presentados por la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia y, excepcionalmente, por cualquiera de los miembros del Comité.
2. Considerar las evaluaciones técnicas de los niveles de riesgo y grado de amenaza y los estudios técnicos de seguridad físicos a instalaciones.
3. Recomendar las medidas de protección que considere pertinentes.
4. Hacer seguimiento periódico a la implementación de las medidas de protección y en consecuencia, recomendar los ajustes necesarios.
5. Expedir su propio reglamento.

Sus sesiones serán mensuales para atender a cada uno de los grupos de población objeto de los Programas referidos. Adicionalmente, se efectuarán reuniones extraordinarias del Comité cuando se estime necesario.

Decreto 1592 de 2000: Por el cual se crea el Programa de Protección a Periodistas y Comunicadores Sociales, que en el ejercicio de su actividad profesional asuman la difusión, defensa, preservación y restablecimiento de los derechos humanos y aplicación del Derecho Internacional Humanitario y que por tal circunstancia, se encuentren en situación de riesgo contra su vida, integridad, seguridad o libertad por causas relacionadas con la violencia política o ideológica o con el conflicto armado. Este programa está a cargo de la Dirección General para los Derechos humanos del Ministerio del Interior.

Para estos efectos, crea el Comité de Reglamentación y Evaluación de Riesgos, quien establecerá los niveles de riesgo y de evaluar cada caso particular, el cual se integra de: el Viceministro del Interior o su delegado, quien lo presidirá; el Director General para los Derechos Humanos del Ministerio del Interior; y Un delegado del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

Las reuniones ordinarias de este Comité ordinariamente, se realizarán cada quince días, previa convocatoria del Director General para los Derechos Humanos del Ministerio del Interior, y extraordinariamente cuando así lo solicite cualquiera de sus miembros.

Los recursos para este programa son asignados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Por otro lado, el Acceso a la Información Pública se encuentra reglamentada en la Ley 57 de 1985, publicada en el Diario Oficial el 12 de julio de 1985, ordena la difusión de los actos y documentos oficiales, estableciendo así el derecho de acceso a la información pública. Este mismo derecho se reconoce en la Ley 594 de 2000 (Ley General de Archivos), en la cual el artículo 27 establece que todos tienen el derecho de consultar los documentos de los archivos públicos, a menos que estén restringidos por ley.

Estas leyes son muy breves, no incluye muchos asuntos de los que normalmente contemplan estas leyes, debido a que Colombia fue tal vez el primer país en América Latina en incorporar una legislación en esta materia. El procedimiento también está escasamente regulado, pues su ley ni siquiera define lo que el término información abarca y la definición de entidades públicas es de alcance bastante limitado.

Por otro lado, la obligación de publicar se encuentra en esta misma ley, que contienen normas sobre publicación proactiva. La ley prevé que la forma general de difundir la información prevista es a través de boletines o gacetas oficiales. En este sentido, el artículo 1 indica que la nación, los departamentos y los municipios deben incluir, en sus gacetas oficiales respectivas, cualquier información que el público debe saber sobre el manejo de asuntos públicos o para mantener control efectivo sobre las actividades de los funcionarios, y cualquier otra cosa que se requiera publicar por ley para tener efectos legales.

La ley prevé sanciones y protecciones, el artículo 29 indica que el incumplimiento o la violación de la Ley se considerará como mala conducta y será sancionado con la destitución. Adicionalmente, el artículo 25 señala que los funcionarios serán removidos de su cargo por no aplicar las normas relacionadas con el rompimiento de los plazos para responder a las solicitudes. Adicionalmente, comentaremos que en este país tarjeta profesional del Periodista, la cual es expedida por el Ministerio de Educación Nacional.

Sin embargo, a pesar de las garantías con las que cuentan los periodistas en Colombia, de 1992 a 2010 han sido 40 periodistas muertos: 1992 (1), 1993 (4), 1994 (1), 1995 (3), 1996 (1), 1997 (4), 1998 (4), 1999 (4), 2000 (3), 2001 (3), 2002 (2), 2003 (4), 2004 (1), 2005 (1), 2006 (2), 2007 (0), 2008 (0), 2009 (1) y 2010 (1),

además de otros que han sufrido diferentes tipos de agresiones.⁹⁶ Las razones han sido el conflicto armado, el narcotráfico y la corrupción han restringido la labor de los medios, pues los grupos armados restringen y distorsionan la información y discusión para así fortalecer su control y por su parte, las acciones de los representantes del Estado contribuyen a los apagones informativos en diferentes regiones del país.

En la actualidad en Colombia, existe la particularidad tendencia de que la mafia o el crimen organizado, delinque pero con una actitud más de influencia y de cooptación, lo mismo está sucediendo con los paramilitares, quienes ya no están interesados en una guerra abierta. En este sentido la guerrilla, ha cuidado más el hecho de quedar expuesto a los medios.

Podemos concluir, que la situación que actualmente vivimos con el narcotráfico y la inseguridad pública, Colombia lo vivió en los años noventas lo que han ido superando a través de lo que ya se comentó, la implementación de un programa de protección a periodistas, en cual cuando un periodista se encuentra amenazado, se avisa a las autoridades, se convoca al programa de protección y se decide darle un equipo de protección, que puede incluso incluir escoltas.

IV.2 Italia

Debemos indicar que escogimos Italia para estudio del presente trabajo, debido a que no ha habido ningún periodista asesinado, lo cual nos puede hablar de que en este país sí se cuenta con garantías efectivas para ejercer el periodismo, lo cual verificaremos a continuación.⁹⁷

Empezaremos nuestra exposición tal como lo hicimos en el apartado correspondiente a Colombia, en el que nos referimos a la tipologías de sistemas constitucionales sobre libertades informativas, elaborado por Ernesto Villanueva, y a Italia lo ubica dentro del sistema decimonónico, toda vez que su Constitución reconoce de manera genérica las libertades de expresión y de prensa e imprenta, estableciéndose en este sistema únicamente el deber de abstención de Estado.⁹⁸

En Italia, la labor de los periodistas está sustentada en los principios de libertad de la información y de opinión, consagrados en la Constitución:

⁹⁶ P.J., COMMITTEE TO PROTECT JOURNALIST, Killed since 1982, Colombia, [Documento en línea], [México, citado el 30 de Diciembre de 2010], disponible en: <http://cpj.org/killed/americas/colombia/murder.php>

⁹⁷ REPORTERS WITHOUT BORDERS FOR PRESS FREEDOM, Italy, , [Documento en línea], [México, citado el 30 de Diciembre de 2010], disponible en: <http://en.rsf.org/report-italy,111.html>

⁹⁸ VILLANUEVA, Ernesto, op. cit., nota 11, pp. 27-28.

Artículo 15: La libertad y el secreto de la correspondencia o de toda forma de comunicación son inviolables.

Su limitación solamente puede tener lugar por resolución motivada de la autoridad judicial con las garantías establecidas por la ley.

Artículo 21: Todos tienen derecho a manifestar libremente el propio pensamiento con la palabra, por escrito o mediante cualquier otro medio de difusión.

La prensa no puede estar sometida a autorización o censura.

Únicamente por resolución motivada de la autoridad judicial podrá procederse al secuestro en caso de delitos para los cuales la ley de prensa lo autorice expresamente o en el supuesto de violación de las normas que la propia ley de prensa prescriba para la identificación de los responsables.

En tales casos, cuando exista absoluta urgencia y no sea posible la intervención a tiempo de la autoridad judicial, podrán realizar el secuestro de la prensa periódica los agentes de la policía judicial, quienes deben inmediatamente denunciarlo a la autoridad judicial o, dentro de las veinticuatro horas siguientes. Si ésta no lo convalida en las veinticuatro horas siguientes, se considera la revocado y privado de todo efecto.

La ley podrá establecer mediante normas de carácter general que se hagan públicos los medios de financiación de la prensa periódica.

Se prohíben las publicaciones de prensa, los espectáculos y todas las manifestaciones contrarias a las buenas costumbres. La ley establecerá medidas adecuadas para prevenir tales infracciones.

El ejercicio periodístico se encuentra regulado, por los principios en que se basa la profesión de periodista y en la Ley No. 69, del 3 de febrero de 1963, en donde se establece la creación de la Asociación de Periodistas, a la cual pueden pertenecer los profesionales del periodismo y los publicistas, inscritos en las listas respectivas, determinándose que profesional es aquella persona que ejerce la profesión de periodista de manera exclusiva y continua, estableciéndose una serie de libertades y derechos para los periodistas, entre ellos la libertad de información y la crítica; la observancia de la ley para la protección de los derechos de los demás; el respeto obligatorio de la verdad en los hechos, para lo que se deben observar las obligaciones impuestas por la lealtad y de buena fe; y, se establece al igual que en los principios la obligación de corregirse la noticia inexacta, además de que:

Por medio de esta ley, los periodistas y los editores tienen la obligación de guardar el secreto profesional sobre sus fuentes, de no revelarlas cuando no sea necesario y promover el espíritu de colaboración entre colegas; entre periodistas y editores; y la confianza entre la prensa y los lectores.

Establece la composición de los Consejos Regionales o inter-regionales, que son los encargados de hacer cumplir esta ley en todo el país, por lo que contiene reglas para la elección de la Orden de la Junta; el procedimiento de votaciones; la duración del mandato del Consejo; sustituciones; funciones del Presidente y del Vicepresidente; poderes del Consejo; auditores; reuniones extraordinarias; normas comunes para las asambleas; composición del Consejo Nacional; duración del mandato del Consejo Nacional; poderes del Consejo, etc.

Para el tema que nos ocupa, debemos apuntar aspectos relevantes como los que mencionaré a continuación:

* Para el registro de los periodistas dentro de la asociación, es necesario contar con 21 años mínimo; la continua práctica del periodismo durante al menos 18 meses anteriores al registro; e l cumplimiento de los requisitos del artículo 31 (acta de nacimiento, declaración a la que se refiere el artículo 34; comprobante de pago de la cuota del gobierno. Para la ciudadanía, se requiere buena conducta y la ausencia de antecedentes penales del solicitante, expedido por el Consejo de la Orden, y acreditar la prueba de habilidades profesionales.

* La inscripción es decidida por el Consejo competente, regional o inter-regional, dentro de sesenta días a la presentación de la solicitud.

* El rechazo de la solicitud del registro o el registro de los profesionales debe ser determinado y deberá ser notificada de dicha decisión, por un agente judicial, el plazo de 15 días de deliberaciones.

* La evaluación de la competencia profesional, consiste en un examen escrito y oral y la práctica del periodismo, complementado por el conocimiento de las normas jurídicas que son relevantes para el campo del periodismo. El examen se presenta en Roma, ante una comisión integrada por siete miembros, cinco de los cuales serán nombrados por el Consejo Nacional de entre los periodistas profesionales registrados por lo menos de 10 años antes. Los otros dos miembros serán nombrados por el Presidente de la Corte de Apelación de Roma, el elegido del Juzgado de Paz y el otro de entre los jueces de apelación, que asumirá las funciones de Presidente de la Comisión.

* Para el registro de los profesionales, también debe haber aprobado una prueba de conocimientos generales, destinadas a garantizar la capacidad de la práctica. Esta prueba se llevará a cabo ante un panel compuesto por cinco miembros, cuatro de los cuales son nombrados por cada Consejo o inter-regionales, y elegidos entre los periodistas profesionales con al menos 10 años de estar inscritos. El quinto miembro, quien asumirá las funciones de Presidente de la Comisión, será elegido de entre los profesores del estado de la educación secundaria y el administrador nombrado por los estudios del lugar en la sede del Consejo Regional o regiones.

* Los periodistas extranjeros residentes en Italia, tienen la posibilidad de obtener la inscripción, si tienen 21 años y siempre que el Estado se los proporcione mediante el tratamiento de reciprocidad. Este requisito no se aplica con periodistas extranjeros que hayan obtenido el reconocimiento del derecho de asilo político.

* Se prevé que nadie esté inscrito de manera simultánea en más de un registro, para lo que en caso de cambio de residencia, el periodista tiene que pedir el traslado al que será su nuevo lugar de residencia de tres meses sin una solicitud de cambio que se haga, producto de la oficina en el Colegio de Abogados de la cancelación de la periodista que se trasladó a otro lugar y la comunicación de dicha cancelación al Consejo en cuya jurisdicción se incluye el lugar de residencia nueva, que pondrá a la periodista en su registro.

* El Colegio de Abogados se pronunciará sobre la eliminación de la oficina de registro en caso de pérdida del disfrute de los derechos civiles, derivados de cualquier título, o la pérdida de la nacionalidad italiana.

* Deberán ser retirados de las listas de profesionales después de dos años de inactividad profesional. Este plazo se amplía a tres años para el periodista que tenga por lo menos diez años de la inscripción. No se toma en cuenta el período de inactividad, debido a la toma de posesión o administrativo, político o científico, o el ejercicio de sus funciones militares.

* El periodista dado de baja del Registro puede, ser reintegrado cuando se hayan suspendido las razones que llevaron a la cancelación. Si se debió a una condena penal, la solicitud de nuevo registro se puede ofrecer cuando se haya rehabilitado.

* Nadie puede asumir el título o en la práctica como periodista, si no cuenta con su registro. La violación de esta disposición es castigada de conformidad con los artículos. 348 y 498 del Código Penal, aunque no se trata de un delito grave. Sin embargo, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de este artículo, por su limitada aplicabilidad a un extranjero que se niega su registro en el país.

Principios en que se basa la profesión de periodista: Destacan que el trabajo del periodista está basado en los principios de libertad de información y opinión, que consagra la propia Constitución italiana, entre lo que subrayan derechos y obligaciones de los periodistas:

* Debe respetar, cuidar y proteger el derecho a la información de todos los ciudadanos y difundir cualquier información que considere de interés público, respecto de la verdad y la con el mayor cuidado posible.

* No puede subordinarse a los intereses de los demás y en particular los de la editorial de Gobierno o de otros organismos del Estado.

* Tiene el deber fundamental de respetar a la persona, su dignidad y su derecho a confidencialidad y no discriminar a nadie por su raza, religión, sexo, condición física o mental, opiniones políticas.

* Debe promover la posibilidad de réplica.

* Tiene que respetar el derecho a la presunción de inocencia. El periodista guardará el secreto profesional, cuando sea necesario por el carácter de sus fuentes. Sin embargo, si se requiere el periodista debe dar la máxima transparencia a las fuentes.

* No puede asociarse en secreto o de otra manera contraria al artículo 18 de la Constitución.

* No puede aceptar los privilegios, favores o posiciones que puedan afectar su autonomía y credibilidad profesional.

* No debe omitir hechos o datos esenciales para una reconstrucción completa del evento, titulares, resúmenes, fotografías y leyendas no deben distorsionar, o forzar el contenido de los artículos o noticias. No debe publicar imágenes o fotografías que atenten contra la dignidad de la persona, ni detenerse en los detalles de la violencia o de la brutalidad. No deben intervenir en la realidad para crear imágenes artificiales.

* El comentario y la opinión pertenecen al derecho de expresión y de crítica y debe ser absolutamente libre de cualquier restricción, distinta de la impuesta por la ley para el insulto y la difamación de personas.

* Es responsable de su trabajo hacia los ciudadanos y promoverá el diálogo con sus cuerpos de la información.

* No puede discriminar a nadie por motivos de raza, religión, sexo, condición física o mental, opiniones políticas.

* Debe respetar los derechos de privacidad de cada ciudadano y no puede publicar información sobre su vida privada, sólo si es de claro interés público, será en el mismo sentido con sus familiares; sin embargo, no debe ser públicos en caso de que pone en peligro la seguridad de las personas, o publicar más elementos que hacen posible una identificación (fotos, imágenes, etc.). Los nombres de las víctimas de la violencia sexual no pueden ser publicado o detalles que puedan conducir a su identificación a menos que sea requerido por las propias víctimas por razones de interés público de primer orden.

* El periodista siempre pondrá mucho cuidado en hacer públicos los nombres u otros elementos que pueden conducir a la identificación de los empleados de las autoridades judiciales o las fuerzas de seguridad, cuando esto ponga en riesgo la seguridad de ellos mismos y sus familias.

* Respecto de la rectificación y respuesta, indica que los periodistas deben respetar el derecho inviolable de los ciudadanos a la corrección de la información incorrecta o que son considerados injustamente perjudicial. En cualquier caso, antes de publicar la noticia de un aviso de garantía deben tomar medidas para comprobar si la información es la correcta.

* Siempre debe recordar que cada persona acusada de un delito es inocente hasta que la condena no sea definitiva y debe construir con el fin de presentar las noticias como los culpables que no han sido considerados en este proceso.

* En relación con las fuentes, el periodista debe siempre verificar la información obtenida desde su nacimiento, para determinar la fiabilidad y la para controlar la fuente de lo que se transmite al público, manteniendo siempre la verdad en los hechos. En los casos en que las fuentes desean permanecer confidenciales, el periodista debe respetar la secreto profesional y debe tener cuidado de informar al lector de este hecho. En cualquier caso, el periodista debe respetar siempre el principio de máxima transparencia de las fuentes de información, apuntando a los lectores o televidentes con la mayor precisión posible. La obligación de la citación fuente también se aplica cuando se utiliza material de otras agencias o medios de comunicación.

* El periodista se debe negar a obtener algún beneficio financiero, pagos, reembolsos, donaciones, vacaciones gratis, viajes, invitaciones a viajes, regalos, prebendas, instalaciones, ya sea por particulares o instituciones públicas, que puedan afectar a su trabajo y actividades redacción o atenta contra la credibilidad y la dignidad profesional.

* Respecto a los menores de edad, el periodista debe observar los principios consagrados en la Convención de 1989 de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y las normas firmadas para la protección de la personalidad del niño, tanto como jugador activo, tanto como una víctima de un crimen. En particular: no publicar el nombre o cualquier cosa que pueda conducir a la identificación de los niños que participan en caso de las noticias; para evitar la posible explotación por los adultos tienden a representar y prevalecer sólo su propio interés; evaluar, sin embargo, si la difusión de noticias sobre el niño en realidad es beneficiosa para los intereses de menos lo mismo.

* El periodista debe proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.

* El periodista debe proteger los derechos de los pacientes, evitando la publicación de noticias sobre temas médicos, el sensacionalismo que puede dar lugar a temores infundados o esperanzas. En particular: a) no divulgar la información médica que no pueda ser controlada con autoridad fuentes científicas; b) no se mencionan los medicamentos de marca y productos en un contexto que puede facilitar el consumo de producto; c) suministrará rápidamente a la marca de productos farmacéuticos retirado o suspendido porque nocivos a la salud.

* El registro también es obligatorio para los directores de las revistas o periódicos, así como para los editores y publirrelacionistas, para los cuales establece ciertas reglas y responsabilidades a cumplir.

* Existe un procedimiento disciplinario para los periodistas alistados en el registro cuando se les determina culpables de hechos contra el honor y la dignidad. Este procedimiento se inicia en la oficina del consejo regional o interregional, o a petición del Procurador General de la República competente.

* Las medidas disciplinarias se dictan mediante decisión motivada del consejo, previa audiencia del inculpado, las cuales pueden consistir en: a) advertencia; b) censura; c) suspensión del ejercicio de la profesión por un período no inferior a dos meses y d) suspensión de un año; e) cancelación del registro. Estas acciones disciplinarias prescriben en el plazo de cinco años del acontecimiento.

Finalmente, comentaremos que el ejercicio periodístico en este país, se encuentra regulado por parte de la Comunidad Económica Europea por la Carta Europea de la Libertad de Prensa y por la Directiva de 3 de octubre de 1989 sobre radiodifusión televisiva, la cual se publicó en el Diario Oficial de la Comunidad Europea el 17 de Octubre de 1989, sin embargo, los instrumentos supranacionales que lo regula, constituyen *lege data*, el régimen de la opinión pública es bastante reducido y constituye una formulación incompleta y recortada de este derecho fundamental a la opinión, como uno de los posibles objetos pertenecientes al derecho universal a la información, toda vez que no existe disposición alguna que contemple jurídicamente a este mensaje en todos sus aspectos y manifiesta toda su problemática en su conjunto;⁹⁹ prueba de ello, es lo que se establece en la ley que veremos a continuación, en donde se indica en el artículo 33:

Véase la Ley de 29 de diciembre 1990 n.º 428 - Ley de 1990 de la Comunidad - Art. 9: "Los ciudadanos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas se asimilan a los ciudadanos italianos a los efectos de la inscripción de los profesionales y publicistas de la lista de los artículos 33 y 35 de febrero de la Ley 3 de 1963, n. 69.

Para los mismos ciudadanos para entrar en la lista especial contemplado en el artículo 28 de la Ley 03 de febrero 1963, n. 69, no se aplica a la condición de reciprocidad exigida por el artículo 36 de la citada Ley ".

⁹⁹GARCÍA Sanz, Rosa María, *El Derecho a Opinar Libremente*, Edit. Eudema Actualidad, Madrid, 1990, pp. 122-123.

COMENTARIOS FINALES

A lo largo del trabajo, pudimos observar que los derechos de libertad de expresión, el derecho a la libertad de prensa, así como el derecho a la información son derechos humanos fundamentales, reconocidos por nuestra Constitución Política y en diversos instrumentos internacionales ratificados por México, por lo que el gobierno mexicano tiene la obligación de generar las condiciones de respeto, promoción y desarrollo, proteger a los periodistas y a los medios de comunicación.

Hasta el día de hoy, solo se puede verificar el desinterés que han tenido a lo largo de más de una década las autoridades mexicanas, por el número de asesinatos, pero además por el elevado grado de impunidad en la mayoría de los procesos judiciales iniciados para investigar diversas agresiones contra estos profesionistas, sin que ninguno haya esclarecido hasta el día de hoy, además de que siempre en estos casos se busca retirar la información generada por los periodistas, para que éstas no lleguen a sus destinatarios y en consecuencia, no reciban el debate público que merecen.

*Finalmente, me resta mencionar que el ejercicio de la libertad de expresión, como labor que llevan a cabo los y las periodistas es un indicador de los avances democráticos, ya que permite generar las condiciones para el debate de ideas y diálogo público que caracterizan la diversidad y pluralidad de las sociedades modernas. La circulación de información constituye una de las bases de una sociedad libre y democrática.*¹⁰⁰

Y a pesar de que la situación no es privativa de nuestro país, a lo largo del presente trabajo pudimos verificar la difícil situación de México a nivel mundial, por lo que es urgente legislar al respecto, pues en comparación con otros países –Colombia e Italia–, estos cuentan con un marco legal que protege la labor periodística que busca garantizar el trabajo apegado a la verdad y a la ética profesional, aunque en las cifras también sean países que todavía tienen que trabajar sobre la misma problemática y que además ya se considera una problemática a nivel mundial; pero a pesar de ello, esperamos que pronto nuestros legisladores trabajen al respecto, para que nuestro país no sea señalado como lo es ahora, como un país que no vela por los derechos humanos, en particular de los periodistas y de los trabajadores de los medios de comunicación.

¹⁰⁰ XIX ARTICLE 19, Seminario Internacional, Sistemas de Alertas y Metodología para el Registro, Documentación y Seguimiento de las Agresiones a Periodistas y Medios de Comunicación, México 29 y 30 de noviembre de 2007, Ciudad de México, disponible en Internet: <http://www.libertad-expresion.org.mx/wp-content/uploads/2009/01/cencos-memoriaweb1.pdf>, p. 4.

BIBLIOGRAFÍA

BADENI, Gregorio, Libertad de Prensa, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1991, p. 301.

BARROSO Asenjo, Porfirio y María del Mar López Talavera, La libertad de expresión y sus límites constitucionales, Editorial Fragua, Madrid, 1998, p. 267.

CARBONELL, Miguel (compilador), Problemas Contemporáneos de la Libertad de Expresión, Editorial Porrúa-Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2004, p. 472.

CARREÑO Carlón, José y Ernesto Villanueva (coordinadores), Temas fundamentales de Derecho de la Información en Iberoamérica, Derecho a la Información en Colombia, Editorial Fragua-Universidad Iberoamericana, México, 1998, p. 185.

FUNDACIÓN SUECA PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Libertad de expresión en Colombia, Violencia, impunidad y autocensura, -un estudio constructivo-, No queremos más mártires, periodista colombiana 2004, p. 49.

GARCÍA Ramírez, Sergio y Alejandra Gonza, La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2007, p. 97.

GARCÍA Sanz, Rosa María, El Derecho a Opinar Libremente, Edit. Eudema Actualidad, Madrid, 1990, p. 270.

INTERNATIONAL CENTER FOR JOURNALISTS, Medios y Libertad de Expresión en las Américas, Washington, D.C., 2003, p. 62.

LÓPEZ Ayllón, Sergio, El derecho a la información como derecho fundamental, Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al Mtro. Mario de la Cueva, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 157-181.

LUNA Pla, Issa, Movimiento social del Derecho de Acceso a la Información en México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 471, México, 2009, p. 199.

MARTÍ Capitanachi, Luz del Carmen, Democracia y Derecho a la Información, Edit. Porrúa, México, 2007, p. 391.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, La Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Libertad de Expresión, México, 2007, p. 172.

VILLANUEVA, Villanueva Ernesto, Derecho mexicano de la Información, Colección Estudios Jurídicos, Universidad Iberoamericana, Editorial Oxford University Press, México, 2000, p. 327.

VILLANUEVA, Ernesto, Régimen Constitucional de las Libertades de Expresión e Información en los países del Mundo, Editorial Fragua, Madrid, 1997, p. 227

ZANNONI, Eduardo A. y Beatriz R. Bísaro, Responsabilidad de los medios de prensa, Edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1993, p. 318.

PÁGINAS DE INTERNET

BALGUY-GALLOIS, Alexandre, The protection of journalists and news media personnel in armed conflict, *International Review of the Red Cross*, Vol. 86, No. 853, March 2004, formato pdf, p. 37-67, disponible en Internet: <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/review/review-853-p37.htm>, p. 20.

CAMPAÑA PERMANENTE DE PROTECCIÓN A PERIODISTAS EN MÉXICO, disponible en Internet: <http://www.libertad-expresion.org.mx/publicaciones/>

CENTRO DE SOLIDARIDAD DE LA FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE PERIODISTAS, Colombia, disponible en Internet: <http://www.fipcolombia.com/noticiasVer.php>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, disponible en Internet: <http://www.cidh.org/basicos/Basicos1.htm>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, disponible en Internet: <http://www.cidh.org/basicos/basicos13.htm>

CLASESDEPERIODISMO.COM, Gobierno mexicano aplicará mecanismos de protección a periodistas, 7 de Noviembre de 2010, disponible en Internet: <http://www.clasesdeperiodismo.com/2010/11/07/gobierno-mexicano-aplicara-mecanismos-de-proteccion-de-periodistas/>

CNN México, El gobierno de México firma un convenio de protección a los periodistas, México, 3 de Noviembre de 2010, disponible en Internet: <http://www.mexico.cnn.com/nacional/2010/11/03/el-gobierno-de-mexico-firma-un-convenio-de-proteccion-a-los-periodistas>

CNN México, La ONU y la OEA advierten del peligro de ejercer el periodismo en México, 24 de Agosto de 2010, Por: Tania L. Montalvo, disponible en Internet: <http://www.mexico.cnn.com/nacional/2010/08/24/la-onu-y-la-oea-advierten-del-peligro-de-ejercer-el-periodismo-en-mexico>

CPJ COMMITTEE TO PROTECT JOURNALISTS, Annual Report 2009-2010, format pdf, disponible en Internet: <http://cpj.org/about/CPJ.Annual.Report.2010.pdf>

CPJ COMMITTEE TO PROTECT JOURNALISTS, Silencio o muerte en la prensa Mexicana, Crimen, violencia y corrupción están destruyendo al periodismo local, Informe especial del Comité para la Protección de Periodistas, Septiembre de 2010, disponible en Internet: http://cpj.org/es/cpj_mexico_spanish.pdf, p 48.

CPJ, COMMITTEE TO PROTECT JOURNALIST, 23 Killed since 1992, México, disponible en Internet: <http://cpj.org/killed/americas/mexico/murder.php>

CPJ COMMITTEE TO PROTECT JOURNALISTS, 872 Journalists Killed since 1992, disponible en Internet: <http://cpj.org/killed/>

CPJ COMMITTEE TO PROTECT JOURNALISTS, 40 Journalists Killed in Colombia since 1992/Motive Confirmed, disponible en Internet: <http://cpj.org/about/CPJ.Annual.Report.2010.pdf>

DATOSPERSOANALES.ORG, Protección de la intimidad y derecho a saber: conseguir un difícil equilibrio, Sección Opinión Expertos, disponible en Internet: http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1142423128464&esArticulo=true&idRevistaElegida=1142402790031&language=es&pagename=RevistaDatosPersonales%2FPage%2Fhome_RDP&siteName=RevistaDatosPersonales

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, voz trastear, vigésima segunda edición, disponible en línea en Internet: http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=trastear

EL UNIVERSO, La libertad de prensa retrocedió en todo el mundo, Sección Política, AP-AFP-REUTERS-EFE, 2 de Mayo de 2010, Washington, Guayaquil, Ecuador, formato html, disponible en Internet: <http://www.eluniverso.com/2010/05/02/1/1361/2009-libertad-prensa-retrocedio-todo-mundo.html>

EUROPEAN JOURNALISM CENTER, disponible en Internet: <http://www.ejc.net/>

FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE PERIODISTAS, disponible en Internet: <http://www.ifj.org/es>

FIERRO Alvírez, Felipe, El derecho y la libertad de expresión en México, debates y reflexiones, disponible en Internet: <http://www.ull.es/publicaciones/latina/04fierro.htm>

FLIP, Fundación para la Libertad de Prensa, Colombia, disponible en Internet: http://www.flip.org.co/alert_list/2/5.html

FNSI FEDERAZIONE NAZIONALE STAMPA ITALIANA, Documentazione, Leggi disponibili en Internet: http://www.fnsi.it/Pubbliche/Pag_doc_leggi.asp

FREEDOM HOUSE, Freedom of the Press 2009, Further Declines in Global Media Independence, formato pdf, disponible en Internet: <http://www.freedomhouse.org/uploads/pfs/372.pdf>, p. 226.

GUSTON HALL, Home of George Mason, George Mason, disponible en Internet: <http://www.gunstonhall.org/georgemason/>

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Universidad Nacional Autónoma de México, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789, formato pdf, disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>, p. 3.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Universidad Nacional Autónoma de México, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, 12 Junio 1776, formato pdf, disponible en Internet: www.bibliojuridica.org/libros/6/2698/21.pdf

LA CRÓNICA DE HOY, México suscribe acuerdo para activar plan de protección a periodistas, 3 de Noviembre de 2010, Sección Nacional, disponible en Internet: http://www.cronica.com.mx/nota.php?id_nota=541896

LA JORNADA, Cárteles mexicanos, como la mafia italiana, matan a periodistas: Saviano, Sección Política, 23 de Abril de 2010, disponible en Internet: <http://www.jornada.unam.mx/2010/04/23/index.php?article=007n2pol§ion=politica>

MALLÓ, Oriol, elsiglodereuropa.es, El periodismo se muere en México, El narcotráfico y la guerra del Gobierno contra él silencian a los informadores locales, Sección Internacional, 5 de Julio de 2010, No. 888, disponible en Internet: <http://www.elsiglodereuropa.es/siglo/historico/2010/888/888InterMexico.html>

NACIONES UNIDAS, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, Misión México, disponible en: www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/.../A-HRC-17-27-Add3_sp.pdf p. 22.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LAS NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, disponible en Internet: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración Universal de los Derechos Humanos, disponible en Internet: <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml#a19>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, aprobada el 16 de diciembre de 1966, disponible en Internet: <http://www.derechos.org/nizkor/ley/pdcp.html>

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, Octubre de 2000, disponible en Internet: http://www.itaig.org.mx/marco_juridico/Declaracion_de_Principios_Sobre_la_Libertad_de_Expresion.pdf, p. 4.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponible en Internet: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

PROCESO.COM.MX, Semanario de Información y Análisis, Descuartizan y cocinan a periodista de Tabasco, llevaba tres años desaparecido, 1 de Marzo de 2010, disponible en Internet: <http://www.proceso.com.mx/rv/modHome/detalleExclusiva/77003>

REPORTEROS SIN FRONTERAS POR LA LIBERTAD DE PRENSA, Balance de la Libertad de la Prensa 2010, Los periodistas en 2010 tomados como blanco y moneda de cambio, Ninguna Región está exenta, formato html, disponible en Internet: http://es.rsff.org/IMG/pdf/bilan_2010_es.pdf, p. 5.

REPORTERS WITHOUT BORDERS FOR PRESS FREEDOM, Italy, [Documento en línea], [México, citado el 30 de Diciembre de 2010], disponible en: <http://en.rsff.org/report-italy,111.html>

SÁNCHEZ Cordero, Olga, El Derecho a la Libertad de Prensa su vigencia y validez en el ámbito interamericano, formato pdf, disponible en Internet: <http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/oscgv/Conf/EL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20PRENSA.pdf>, p. 11.

VILLANUEVA, Ernesto, Derecho de acceso a la información y organización ciudadana en México, Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/decoin/cont/1/cnt/cnt6.htm>

WORLD ASSOCIATION OF NEWSPAPERS AND NEW PUBLISERS, 37 Media Employees Killed in 2011, disponible en Internet: <http://www.wan-iffra.org/articles/2011/06/24/37-media-employees-killed-in-2011>

XIX ARTICLE 19, Guía Práctica sobre la Libertad de Expresión en México, lo menos que se puede decir sobre la Libertad de Expresión en México, CENCOS, México, 2008, disponible en Internet: <http://www.libertad-expresion.org.mx/wp-content/uploads/2009/01/cencos-guiaweb.pdf>, p.57.

XIX ARTICLE 19, Seminario Internacional, Sistemas de Alertas y Metodología para el Registro, Documentación y Seguimiento de las Agresiones a Periodistas y Medios de Comunicación, México 29 y 30 de noviembre de 2007, Ciudad de México, disponible en Internet: <http://www.libertad-expresion.org.mx/wp-content/uploads/2009/01/cencos-memoriaweb1.pdf>, p. 50.

LEGISLACIÓN

México:

CARBONELL, Miguel, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada, Editorial Porrúa, México, 2007, p. 867.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión.

Declaración del Hombre de 1789.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Ley sobre delitos de Imprenta.

Ley de Premios, Estímulos y Recompensas Civiles.

Ley Federal de Radio y Televisión.

Permisos y Contenido de las Transmisiones de Radio y Televisión.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Reglamento de la Ley Federal de Radio y Televisión, en Materia de Concesiones.

Colombia:

Constitución Política de Colombia, Presidencia de la República de Colombia, Normativa, formato pdf, disponible en Internet: http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/ConstitucionPoliticaColombia_20100810.pdf

Decreto 1740 del 19 de Mayo de 2010, DMS Ediciones e Investigaciones, LTDA., Colombia, Ediciones Jurídicas, disponible en Internet: <http://www.dmsjuridica.com/CO-DIGOS/LEGISLACION/decretos/2010/1740.htm>

Decreto 2788 de 2003, disponible en Internet: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2011/Paginas/Septiembre.aspx>

Decreto 1592 de 2000, disponible en Internet: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2011/Paginas/Septiembre.aspx>

Ley 57 de 1985, disponible en Internet: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Paginas/2011.aspx>

Ley 594 de 2000, disponible en Internet: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Paginas/2011.aspx>

Italia:

Carta Europea de la Libertad de Prensa, disponible en Internet: <http://www.re-visto.de/?p=308>

Constitución Política de Italia, disponible en Internet: <http://www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html>

Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, disponible en Internet: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0552:ES:HTML>

FEDERAZIONE NAZIONALE STAMPA ITALIANA, Carte Deontologiche, Principios en que está basada la actividad periodística, disponible en Internet: http://www.fnsi.it/Pub_docum/Pag_costruzione.asp

Ley No. 69, del 3 de febrero de 1963, disponible en Internet: <http://www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html>

ESTUDIO DESCRIPTIVO DE LOS GASTOS TRIBUTARIOS EN BRASIL

DRA. CECILIA LICONA VITE

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como objetivo central presentar un estudio descriptivo de la experiencia de Brasil en materia de gastos tributarios.

Ello tomando en cuenta el alto nivel de ingresos tributarios de Brasil que ha sido progresivo desde hace varios años, al grado que en 2008 ocupara el primer lugar en recaudación tributaria de América Latina y el Caribe, habiendo pasado del 26.4% del PIB en 1990, al 30.4 en el año 2000, para elevarse al 35.5%, en el año 2008. Eso en comparación con el promedio de la región que fue de 18.4%. Asimismo, considerando que nuestro país, en 2008, ocupó el último lugar en recaudación tributaria de América Latina y el Caribe, pues escasamente recaudó un 9.4% del PIB. Igualmente, observando que, en términos del artículo 28 de la Ley de Ingresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2010, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público tiene la obligación de entregar a la Comisión de Hacienda y Crédito Público, a la Comisión de Presupuesto y Cuenta Pública, y al Centro de Estudios de las Finanzas Públicas de la Cámara de Diputados, así como a la Comisión de Hacienda y Crédito Público de la Cámara de Senadores, antes del 30 de junio de 2010, el Presupuesto de Gastos Fiscales.¹⁰¹ A la par, reflexionando que la experiencia Brasileña, en materia de gastos tributarios, es un referente que nuestros legisladores federales tendrán a su disposición para comparar lo que sucede en Brasil y lo que ocurre en nuestro país en esa materia, con la expectativa de que, de esa comparación, puedan surgir propuestas para mejorar la recaudación en México.

Para ello, comenzamos por exponer rasgos generales acerca de Brasil, en cuanto a su sistema político, geografía política y población. Después, analizamos el sistema tributario brasileño, en aspectos fundamentales, como su base constitucional, tipos de tributos, potestades tributarias, órgano de administración tributaria y nivel de recaudación.

Con esos datos antepuestos, en seguida, entramos al estudio de los gastos tributarios en Brasil, exponiendo el régimen jurídico a que están sujetos, el desarrollo que han tenido, la manera en que son definidos, las diferentes formas que adoptan, los varios propósitos que con ellos se persiguen, la forma en que se miden, para finalizar con las ventajas y desventajas que presentan respecto de los subsidios directos.

¹⁰¹Dicho presupuesto debe comprender, en términos generales, los montos que deja de recaudar el Erario Federal por conceptos de tasas diferenciadas en los distintos impuestos, exenciones, subsidios y créditos fiscales, condonaciones, facilidades administrativas, estímulos fiscales, deducciones autorizadas, tratamientos y regímenes especiales establecidos en las distintas leyes que en materia tributaria aplican a nivel federal. Además, debe contener los montos referidos estimados para el ejercicio fiscal de 2011 desglosado por impuesto y por cada uno de los rubros de ingresos que la ley respectiva contemple.

A lo anterior, añadimos conclusiones, así como una vasta relación de fuentes que nos sirvieron de apoyo.

No omitimos señalar que en esta investigación utilizamos, esencialmente, el método documental, a través de doctrina y legislación. El diseño de la misma es descriptivo, pero acompañada del análisis en el tema que nos ocupa, lo que nos lleva a hacer una serie de consideraciones en relación con el mismo.

I. GENERALIDADES ACERCA DE BRASIL

I.1 Sistema político

Para comenzar, es de señalar que Brasil es una República Federativa Presidencialista;¹⁰² formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal; y constituida en Estado Democrático de Derecho.¹⁰³

El ejercicio del poder en Brasil se atribuye a órganos distintos e independientes, sometidos a un sistema de control para asegurar el cumplimiento de las leyes y de la Constitución.

La Organización Político-Administrativa de Brasil comprende la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios (todos autónomos).¹⁰⁴

La Unión está dividida en tres poderes, independientes y armónicos entre sí, a saber: el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial.¹⁰⁵

El Ejecutivo es ejercido por el Presidente de la República, quien es elegido por el pueblo para un mandato de cinco años, sin posibilidad de reelección para el período siguiente. Él es el Jefe de Estado y el Jefe de Gobierno, siendo auxiliado por los Ministros de Estado, así como por un Vicepresidente. Entre sus atribuciones

¹⁰² La República de Brasil es Federativa porque los Estados tienen autonomía política.

¹⁰³ El fundamento de la República de Brasil está constituido por la soberanía, la ciudadanía, la dignidad de la persona humana, los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa, y el pluralismo político. Vid., el artículo 1 de la Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁰⁴ En Brasil:

- Los Territorios Federales integran la Unión, y su creación, transformación en Estado o reintegración al Estado de origen son reguladas en ley complementaria; y
- Los Estados pueden integrarse entre sí, subdividirse o desmembrarse para anexarse a otros o formar nuevos Estados o Territorios Federales, mediante la aprobación de la población directamente interesada, a través de plebiscito y del Congreso Nacional, por ley complementaria.

En Brasil, la creación, la integración, la fusión y el desmembramiento de los Municipios preserva la continuidad y la unidad histórico-cultural del ambiente urbano, se hacen por ley estatal, cumpliendo los requisitos previstos en la ley complementaria estatal, y dependen de la consulta previa a las poblaciones directamente interesadas mediante plebiscito. Vid., el artículo 18 de la Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁰⁵ Vid., el artículo 2 de la Constituição da República Federativa do Brasil.

se encuentra la de someter al Congreso Nacional el proyecto de directrices presupuestarias y las propuestas de Presupuesto previstas en la Constitución Federal.¹⁰⁶

El Poder Judicial de la Unión es encabezado por el Supremo Tribunal Federal, cuya competencia radica, principalmente, en la garantía de la Constitución.¹⁰⁷ La independencia y autonomía administrativa y financiera de este Tribunal están garantizadas por la Constitución Federal. Tal Poder, también se integra por el Superior Tribunal de Justicia; los Tribunales Regionales Federales y Jueces Federales; los Tribunales y Jueces del Trabajo; los Tribunales y Jueces Electorales; los Tribunales y Jueces Militares; y los Tribunales y Jueces de los Estados, del Distrito Federal y Territorios.

Por lo que hace al Poder Legislativo de la Unión, éste se compone de dos Cámaras: la de Diputados y del Senado Federal.¹⁰⁸ La de Diputados está formada por representantes del pueblo, elegidos por el sistema proporcional, en cada Estado, en cada Territorio y en el Distrito Federal.¹⁰⁹ El Senado, por su parte, se encuentra integrado por representantes de los Estados y del Distrito Federal, elegidos según el sistema mayoritario.¹¹⁰

Como parte del Poder Legislativo se encuentra al Tribunal de Cuentas, que tiene como función primordial la de ayudar al Congreso Nacional a controlar y fiscalizar a la administración pública.

¹⁰⁶ Como parte del Poder Ejecutivo, existe en Brasil un Consejo de la República y un Consejo de Defensa Nacional, los cuales son órganos superiores de consulta del Presidente.

¹⁰⁷ La función del Poder Judicial Federal es garantizar los derechos individuales, colectivos y sociales. Él resuelve conflictos entre los ciudadanos, las entidades y el Estado.

¹⁰⁸ Es de mencionar que, formado por el Senado Federal y la Cámara de los Diputados, el Congreso Nacional brasileño ejerce, en el ámbito federal, las funciones de legislar y fiscalizar. Es competencia del Senado Federal representar a las provincias (estados) brasileñas.

¹⁰⁹ El número total de diputados, así como la representación por provincia (estado) y por el Distrito Federal, se establece por una ley complementaria, proporcionalmente a la población. Empero, ninguna de las unidades de la Federación puede tener menos de ocho o más de setenta diputados, y el número total no puede superar los 513.

Además de la cantidad mínima de representantes, la ley determina que cada Territorio Federal esté representado por cuatro diputados federales.

¹¹⁰ Los Senadores son los representantes de los intereses de las unidades de la Federación. Cada Estado y el Distrito Federal elegirán tres Senadores, con un mandato de ocho años.

En Brasil, la representación es igualitaria; o sea, son tres Senadores para cada Estado y el Distrito Federal, independiente del tamaño de su territorio o del número de sus habitantes. Las unidades de la Federación son consideradas igualmente importantes para la República Federativa y no puede existir distinción o privilegios entre ellas, a no ser los producidos por el poder Constituyente originario. Como consecuencia, la elección para el Senado Federal no es proporcional sino que obedece al principio mayoritario. El candidato que obtiene el mayor número de votos ocupa el cargo y en conjunto con él son electos los dos suplentes indicados a lo largo de la campaña electoral. Vid., la página del Senado Federal brasileño en la siguiente dirección: <http://www2.camara.gov.br/espanol/the-federal-senate> (consultada en noviembre de 2010).

A lo anterior, es de añadir que las funciones cardinales del Poder Legislativo de la Unión residen en elaborar leyes y realizar la fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operativa y patrimonial de la Unión y de las entidades públicas.¹¹¹

II.2 Geografía política

Con una extensión territorial de 8.514 mil Km², Brasil es el quinto país de mayor extensión mundial y el primero en el hemisferio sur del continente americano. Tiene fronteras terrestres de 15,7 mil kilómetros con todos los países de América del Sur, con excepción de Chile y de Ecuador. Y cuenta con 7,3 mil de kilómetros de fronteras marítimas (Océano Atlántico).

Brasil está formado por la Unión de 26 Estados y 1 Distrito Federal, así como más de 5.500 Municipios. Los Estados y el Distrito Federal se denominan Unidades de la Federación (UF).

Los 26 estados y el Distrito Federal tienen la mayor jerarquía en la organización político-administrativa del país.

El Distrito Federal está ubicada la capital del país, Brasilia, donde se encuentran las sedes del gobierno federal y de sus poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

En la capital de cada Estado reside la sede de su gobierno.

Por su parte, los municipios poseen la menor jerarquía en la organización político-administrativa. Ellos tienen un gobierno con sede en la Intendencia Municipal. También hay distritos, los cuales son unidades administrativas de los Municipios.

Brasil se divide en cinco macrorregiones territoriales que agrupan a Estados con trazos físicos, humanos, económicos y sociales comunes. Esas regiones son: Norte, Nordeste; Centro-Oeste; Sudeste; y Sur.¹¹²

¹¹¹El sistema adoptado por Brasil prevé que las dos Cámaras se manifiesten para la elaboración de las normas jurídicas. O sea, si una materia se inicia en la Cámara de los Diputados, el Senado la revisará, y viceversa, con excepción de asuntos exclusivos de cada una de las Cámaras.

¹¹²De esas cinco regiones:

- La región Norte constituye cerca de 45 % del territorio brasileño, pero sólo tiene 7% de la población total del país. Está formada por los estados de Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima y Tocantins;
- En la región Nordeste, se ubican los estados de Maranhao, Piauí, Ceará, Río Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe y Bahía, que ocupan 18% del área total del país;
- Goiás, Mato Grosso y Mato Grosso do Sul forman parte del Centro-Oeste, que ocupa 18% del territorio nacional. En ella se sitúa también la capital del país, Brasilia, en el Distrito Federal. En esta región vive cerca de 6% de la población brasileña;
- Formada por los Estados de Espírito Santo, Minas Gerais, Río de Janeiro y Sao Paulo, la región Sudeste ocupa cerca de 10% del territorio brasileño y alberga la mayor población del país, casi 65 millones de personas; y
- La región Sur es la menor de Brasil, con cerca de 7% del territorio brasileño. Incluye los estados de Paraná, Santa Catarina y Río Grande do Sul, donde viven 22 millones de brasileños.

Fuente: Ministerio de Relaciones Exteriores, e Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE) del Brasil.

Esa división se mantiene desde 1970, cuando el espacio brasileño se modificó por última vez. Los límites de las regiones coinciden con las fronteras de los Estados que forman parte de ellas.

Brasil participa, con Argentina, Uruguay y Paraguay, en el MERCOSUR – Mercado Común del Sur.¹¹³

Finalmente, es de apuntar que en sus operaciones de comercio exterior (importaciones y exportaciones), Brasil mantiene relaciones comerciales con la Unión Europea, con los Estados Unidos de América, con la Asociación de Integración Latinoamericana, con el Japón y con países de la OPEC.

1.3 Población

La población actual de Brasil la estima el Instituto de Geografía y Estadística (IBGE) en más de 183.9 millones de habitantes, distribuida sobre el territorio nacional de forma bastante irregular. Algunas regiones presentan alta densidad demográfica –como el Suroeste, con 84,19 hab./Km²–, mientras que otras son bastante despobladas –como la región Norte, que abarca, básicamente, la región de la selva amazónica, con poco más de 3 hab./Km²–.¹¹⁴

La población brasileña es predominantemente urbana, con aproximadamente un 81% residiendo en las ciudades. Pero hay diferencias profundas entre las regiones, con el Sureste, presentando un porcentaje de un 91% de población urbana, mientras el Norte/Noreste presenta un porcentaje en torno del 69%.

La población económicamente activa (PEA) en Brasil está calculada en 97,5 millones de personas.¹¹⁵

Un dato que llama la atención es que el panorama de la economía brasileña está marcado por desequilibrios regionales y disparidades interregionales. Por ejemplo, en la región Norte, el PIB per cápita del estado de Amazonas es superior al doble del PIB per cápita de los demás estados; y en la Región Noreste, el PIB per cápita de los estados de Bahía y de Pernambuco es aproximadamente 2 veces mayor que el de Piauí.

¹¹³ Creado por el Tratado de Asunción (del 26 de marzo de 1991), en vigor desde el 1 de enero de 1995, el MERCOSUR tiene como objetivo principal promover el progreso social y económico de los países miembros. El MERCOSUR es un bloque económico, caracterizado por el libre comercio entre sus participantes y por la utilización de una tarifa externa (extra bloque) común, representando, en la actual fase de implantación, una unión aduanera.

¹¹⁴ Vid., el portal de Brasil en la siguiente dirección de Internet: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Principal/Espanhol/SistemaTributarioBR/RefbasicasEconBR.htm> (consultada en noviembre de 2010).

¹¹⁵ El Producto Interno Bruto (PIB) brasileño llegó, en 2006, a un valor aproximado de R\$ 2.322,82 mil millones, equivalentes a aproximadamente US\$ 1.067,41 mil millones (en dólar promedio de aquel año).

Precisamente, una característica de la economía brasileña es la concentración de renta, con los 50% más pobres con una parcela de apenas un 12.3% de la renta nacional, mientras que los 20% más ricos detienen un 62l.4% de la renta.

A lo anterior, es de resaltar que en el área rural se verifica también una gran concentración de propiedades de tierras, con más de un 35% de las propiedades perteneciendo a apenas un 1% de los propietarios rurales.¹¹⁶

II. SISTEMA TRIBUTARIO BRASILEÑO

II.1 Referencia histórica

En Brasil, las primeras reparticiones tributarias surgieron en 1534 con las llamadas Proveedurías de la Hacienda Real.

Con los años, la progresiva importancia de la economía brasileña requirió de una sucesión de reformas en la administración tributaria. Por ejemplo, en 1761, las proveedurías fueron sustituidas por Juntas de la Real Hacienda; en 1831, surgió el Tesoro Nacional con sus tesorerías (después Comisarías Fiscales) y, en 1934, representando un marco en la historia de la administración tributaria, fue creada la Dirección General de Hacienda Nacional, dividida en departamentos, con cuatro mil órganos subordinados.¹¹⁷

En 1968, la sucesión de las reformas estructurales, la modernización y la adaptación al rápido crecimiento económico brasileño, dieron lugar a que la Dirección General de Hacienda Nacional se transformara en Secretaría del Servicio de Impuestos Internos, órgano de la administración tributaria federal con representación única frente al contribuyente. Esto trajo la administración conjunta de los tributos internos y aduaneros.¹¹⁸

En 1988 -con las grandes reformas que tuvo Brasil, y que dieron origen a una nueva Constitución, que trajeron grandes cambios en el Sistema Tributario- se establecieron reglas generales para la elaboración del Presupuesto Federal. Entre esas reglas, sobresale la concerniente a la obligatoriedad de elaborar un De-

¹¹⁶Vid., el portal de Brasil en la siguiente dirección de Internet: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Principal/Espanhol/SistemaTributarioBR/RefbasicasEconBR.htm> (consultada en noviembre de 2010).

¹¹⁷Vid., Evolución de la Administración Tributaria, en la siguiente dirección: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Principal/Espanhol/EstudosTributariosNovo/EvolucaoTributaria/EvolucaoAdminTributaria.htm> (consultada en noviembre de 2010).

¹¹⁸Ibid.

mostrativo regionalizado, tramitado junto con el proyecto de ley presupuestaria, con la estimación del valor que deja de ser recaudado en razón de la concesión de beneficios (gastos) tributarios.¹¹⁹

En el año 2000, con la expedición de la Ley de Responsabilidad Fiscal -la cual es un código de conducta para administradores públicos de Brasil, que vale para los tres Poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), en las tres esferas de gobierno (federal, estadual y municipal)- se amplía la obligatoriedad de la cuantificación de los gastos tributarios, extendiéndose a Estados y Municipios.¹²⁰

En 2007, se da la unificación de la Secretaría del Servicio de Impuestos Internos con la Secretaría del Sistema de Previsión Social, para reorganizar la administración tributaria federal.¹²¹

En la actualidad, la Secretaría de Ingresos Federales se encarga elaborar el Demostrativo de los Gastos Tributarios.

¹¹⁹ Vid., CARVALHO, Raimundo Elói de (Coordinador de Previsión y Análisis Secretaría de Ingresos Federales de Brasil), en su estudio: Instrumentos y técnicas para la medición y análisis del gasto tributario, presentado dentro del evento denominado: El papel de las administraciones tributarias en la crisis mundial, organizado por el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias -CIAT, en la 44ª. ASAMBLEA GENERAL DEL CIAT-, en Montevideo, Uruguay, del 12 al 15 de abril de 2010, p. 3.

¹²⁰ Esa Ley hizo un cambio en la historia de la administración pública en Brasil. Por medio de ella, todos los gobernantes se someten a normas y límites para la administración de las finanzas, rindiendo cuentas a respecto de cuánto y cómo se utilizan los recursos de la sociedad.

¹²¹ La línea del Tiempo del sistema tributario brasileño:

- En 1534: Creación de las Proveedurías de la Hacienda Real, primeras reparticiones tributarias en Brasil.
- En 1808: Creación del Consejo de Hacienda subordinado a la Institución Erário Régio.
- En 1824: Creación del Ministerio de Hacienda y del Tribunal del Tesoro Público.
- En 1832: Creación de las Mesas de Rentas.
- En 1850: Creación de la Directoría General de Rentas Públicas, órgano especializado en Administración Tributaria.
- En 1934: La Administración Tributaria pasa a ser ejercida por la Dirección General de Hacienda Nacional.
- En 1964: Creación del Servicio Federal de Procesamiento de Datos (SERPRO).
- En 1965: Creación de 10 Regiones Fiscales. Creación del CPF y del CGC.
- En 1968: Creación de la Secretaría del Servicio de Impuestos Internos (Decreto 63.659/68).
- En 1971: Transferencia de la sede de la Secretaría del Servicio de Impuestos Internos de Río de Janeiro para Brasilia, nueva capital del País.
- En 1979: Uso del símbolo León en la publicidad institucional del Impuesto de Renta.
- En 1991: Primera declaración de Impuesto de Renta Persona Física en medio magnético.
- En 1992: Creación de las 18 Comisarías de Juzgamiento, en la estructura de SRF.
- En 1993: Creación de los Centros de Atención al Contribuyente (CAC). Implantación del SISCOMEX Exportación.
- En 1996: Lanzamiento del portal del Servicio de Impuestos Internos en Internet.
- En 1997: Creación del SERVICIONET, servicio que valida y transmite, vía Internet, las declaraciones de tributos federales.
- En 2002: Lanzamiento del sitio "Leoncito" como parte del Programa Nacional de Educación Fiscal.
- En 2005: Creación del Centro de Atención Virtual en Internet (e CAC).
- En 2006: Emisión de la 1ª nota fiscal electrónica por medio del Sistema Público de Escrituración Digital (SPED).
- En 2007: Creación del Servicio de Impuestos Internos de Brasil (Ley 11.457/07).

Vid., Evolución de la Administración Tributaria, en la siguiente dirección de Internet: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Principal/Espanhol/EstudosTributariosNovo/EvolucaoTributaria/EvolucaoAdminTributaria.htm> (consultada en noviembre de 2010).

II.2 Base constitucional

La Constitución Federal establece las principales directrices para la construcción del sistema tributario brasileño. Ello porque:

- Define la competencia de los entes políticos de la Federación (Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios);
- Consagra los principios y normas generales del derecho tributario;
- Instituye limitaciones al poder de tributar; y
- Establece la repartición de competencias y el reparto de las recaudaciones tributarias.

Tal sistema tiene como característica la autonomía político-administrativa, de donde resulta una multiplicidad de órganos con funciones típicas de administración tributaria, actuando en las esferas federal, estatal y municipal.¹²²

En ese panorama, la Constitución Federal de Brasil de 1988 establece que:

- Compete a la Unión, a los Estados y al Distrito Federal legislar concurrentemente sobre derecho tributario;¹²³
- Corresponde a los Municipios establecer y recaudar los tributos de su competencia, así como aplicar sus ingresos, sin perjuicio de la obligatoriedad de rendir cuentas y publicar balances dentro de los plazos fijados en la ley;¹²⁴
- La Unión no intervendrá en los Estados ni en el Distrito Federal excepto para reorganizar las finanzas de la unidad de la Federación que dejase de entregar a los Municipios los ingresos tributarios fijados en esta Constitución, dentro de los plazos establecidos en la ley;¹²⁵

¹²² La federación brasileña está constituida por 26 Estados (provincias) y más de 5.500 Municipios. Todos comparten responsabilidades con la Administración Central, aunque la Constitución Federal, especifique atribuciones propias de algunos entes. Con relación a los tributos, la Constitución define competencias de creación por las tres esferas de gobiernos y establece un sistema de transferencias de recaudación desde la Administración Central para los Estados y de éstos para los Municipios. Vid., GUIMARÃES NETO, Leonardo et al, Competición Tributaria en un país federal: El caso brasileño del IVA subnacional en el estado de Pernambuco, Artículo publicado en el número 2 (Sistema Federal) de Estudios Jurídicos y Políticos SCLC, Universidad Autónoma de Chiapas, México, 2005, p. 1.

¹²³ Vid., el artículo 24, fracción I, de la Constituição da República Federativa do Brasil.

Dicho numeral, en sus últimos cuatro párrafos marca que:

10. En el ámbito de la legislación concurrente, la competencia de la Unión se limitará a establecer normas generales.

20. La competencia de la Unión para legislar sobre normas generales no excluye la competencia suplementaria de los Estados.

30. No existiendo la ley federal sobre aspectos generales, los Estados ejercerán la competencia legislativa plena, para atender a sus peculiaridades.

40. La sobreveniencia de una ley federal sobre aspectos generales suspende la eficacia de la ley estatal, en la fuese contraria.

¹²⁴ Vid., el artículo 30, fracción III, de la Constituição da República Federativa do Brasil.

¹²⁵ Vid., el artículo 34, fracción V, inciso b), de la Constituição da República Federativa do Brasil.

- Para efectos administrativos, la Unión podrá articular su acción en un mismo complejo geoeconómico y social, tendiendo a su desarrollo y a la reducción de las desigualdades regionales. Los incentivos regionales comprenderán, además de otros, en la forma de la ley: las exenciones, reducciones o aplazamientos temporales de los tributos federales debidos por personas físicas o jurídicas;¹²⁶
- Atañe al Congreso Nacional, con la sanción del Presidente de la República, disponer sobre las materias de competencia de la Unión, especialmente sobre: sistema tributario, recaudación y distribución de rentas;¹²⁷
- Son de iniciativa privada del Presidente de la República las leyes que establezcan disposiciones sobre la materia tributaria y presupuestaria; y,¹²⁸
- En la ejecución de la deuda activa de naturaleza tributaria, la representación de la Unión es competencia de la Procuraduría General de la Hacienda Nacional, observándose lo dispuesto en la ley.¹²⁹

Dicha Constitución, en específico, destina el Título VI (integrado por los artículos 145 a 162) a la tributación y el presupuesto. Ello en dos Capítulos denominados, respectivamente: Capítulo I: Del Sistema Tributario Nacional, y Capítulo II: de las Finanzas Públicas. Ambos Capítulos subdivididos en secciones.

Entre otros temas, el Capítulo sobre el Sistema Tributario Nacional, marca la competencia de la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios para establecer los siguientes tributos: impuestos, tasas;¹³⁰ y contribuciones especiales¹³¹.

Ese Capítulo también prevé que, siempre que fuese posible, los impuestos tendrán carácter personal y se exigirán de acuerdo con la capacidad económica del contribuyente, pudiendo la Administración tributaria, en especial para conferir efectividad a estos objetivos, identificar, respetando los derechos individuales y en los términos de la ley, el patrimonio, los rendimientos y las actividades económicas del contribuyente. Además, estatuye que las tasas no podrán tener como base imponible la propia de los impuestos.¹³²

Ese Capítulo dispone que una ley complementaria pueda:¹³³

¹²⁶ Vid., el artículo 43, parte 2ª, fracción III, de la Constituição da República Federativa do Brasil.

¹²⁷ Vid., el artículo 48, fracción I, de la Constituição da República Federativa do Brasil.

¹²⁸ Vid., el artículo 61, parte 10. fracción II, inciso b), de la Constituição da República Federativa do Brasil.

¹²⁹ Vid., el artículo 131, parte 30., de la Constituição da República Federativa do Brasil.

¹³⁰ Las tasas son consecuencias del ejercicio del poder de policía por la utilización efectiva o potencial de servicios públicos específicos y divisibles, prestados o puestos a disposición del contribuyente.

¹³¹ Las contribuciones especiales son consecuencia de obras públicas.

¹³² Vid., el artículo 145 de la Constituição da República Federativa do Brasil.

¹³³ Vid., el artículo 146 de la Constituição da República Federativa do Brasil.

- Normar los conflictos de competencia en materia tributaria entre la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios;
- Regular las limitaciones constitucionales al poder de tributar;
- Establecer normas generales en materia de legislación tributaria, especialmente sobre la definición de los tributos y de sus especies, así como, en relación a los impuestos relacionados en la Constitución, la de sus respectivos hechos imponible, bases imponibles y contribuyentes; la obligación y liquidación, crédito, prescripción y caducidad tributarios; y el adecuado tratamiento tributario de la actuación cooperativa, realizada por las sociedades cooperativas.

Además, dicho Capítulo, establece:

- Pautas sobre la competencia tributaria de la Unión, de los Estados, el Distrito Federal y los Municipios;¹³⁴
- Limitaciones del Poder de Tributar, tanto de la Unión, como de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios.¹³⁵
- Prohibiciones a la Unión, como la de establecer tributos que no sean uniformes en todo el territorio nacional o que impliquen distinción o preferencia en relación a un Estado, a un Distrito Federal o a un Municipio, en detrimento de otro, admitiéndose la concesión de exenciones fiscales destinadas a promover un desarrollo socioeconómico equilibrado entre las diferentes regiones del país; y ¹³⁶
- Reglas acerca del reparto de los ingresos tributarios entre la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios.¹³⁷

En cuanto al Capítulo sobre las Finanzas Públicas, es de mencionar que, en su Sección denominada De los Presupuestos, prevé qué leyes de iniciativa del Poder Ejecutivo establecerán:

- El plan plurianual;
- Las directrices presupuestarias; y
- La ley presupuestaria anual.¹³⁸

¹³⁴ Vid., los artículos 147 a 156 de la Constituição da República Federativa do Brasil.

¹³⁵ Vid., los artículos 150 y 152 de la Constituição da República Federativa do Brasil.

¹³⁶ Vid., el artículo 151 de la Constituição da República Federativa do Brasil.

¹³⁷ Vid., los artículos 157 y 164 de la Constituição da República Federativa do Brasil.

¹³⁸ Vid., el artículo 165 de la Constituição da República Federativa do Brasil.

También dispone que:

- La ley que instituya el plan plurianual establecerá, de forma regionalizada, unas directrices, objetivos y metas de la administración pública federal para los gastos de capital, y otras para los corrientes y para los relativos a los programas de duración continuada;
- La Ley de directrices presupuestarias incluirá las metas y prioridades de la administración pública federal, incluyendo los gastos de capital para el ejercicio siguiente, orientará la elaboración de la ley presupuestaria anual, dispondrá sobre las modificaciones en la legislación tributaria y establecerá las políticas de actuación de las agencias financieras oficiales de fomento; y
- La ley presupuestaria anual comprenderá: el presupuesto fiscal referente a los poderes de la Unión, sus fondos, órganos y entidades de la administración directa e indirecta, incluidas las fundaciones instituidas y mantenidas por el Poder Público; el presupuesto de inversiones de las empresas en que la unión, directa o indirectamente, detente la mayoría del capital social con derecho a voto; y el presupuesto de la seguridad social, incluyendo todas las entidades y órganos a ella vinculados, de la administración directa o indirecta, así como los fondos y fundaciones instituidas y mantenidas por el Poder Público.

Ese Capítulo estatuye que el proyecto de ley presupuestaria irá acompañado de un informe regionalizado del efecto, sobre ingresos y gastos, de exenciones, amnistías, condonaciones, subsidios y beneficios de naturaleza financiera, tributaria y crediticia. A ese documento se le denomina Demostrativo de Gastos Tributarios.

Por lo demás, el citado Capítulo manda que los proyectos de ley relativos al plan plurianual, a las directrices presupuestarias, al presupuesto anual y a los créditos adicionales, sean discutidos por las dos Cámaras del Congreso Nacional.¹³⁹

¹³⁹En dicho Capítulo también se indica que corresponde a una Comisión Mixta permanente de Senadores y Diputados examinar y emitir opinión sobre:

- Los proyectos de plan plurianual, de directrices presupuestarias, y de presupuesto anual, así como sobre las cuentas presentadas anualmente por el Presidente de la República; y
- Los planes y programas nacionales, regionales y sectoriales y ejercer la participación y la fiscalización presupuestaria, sin perjuicio de la actuación de las demás comisiones del Congreso Nacional y de sus Cámaras.

Igualmente, se señala que:

- Las enmiendas se presentarán en la Comisión Mixta, que emitirá opinión sobre ellas, y serán discutidas, en la forma reglamentaria, por el pleno de las dos Cámaras del Congreso Nacional;
- Las enmiendas al proyecto de ley del presupuesto anual o a los proyectos que la modifiquen, solamente podrán ser aprobados en caso de que sean compatibles con el Plan Plurianual y con la Ley de Directrices Presupuestarias; e indiquen los recursos necesarios, admitiéndose sólo los provenientes de anulación de gastos, excluyéndose los que indican sobre: dotaciones para personal y sus cargos; servicios de

A lo anterior, es de resumir que el sistema constitucional brasileño, al tener como característica la autonomía político-administrativa, tiene variedad de órganos con funciones propias de administración tributaria, operando en las esferas federal, estatal y municipal.¹⁴⁰

También es de aclarar que los alcances del presente estudio, en el campo de los gastos o beneficios fiscales, se limitan al ámbito federal tributario.

Finalmente, es de agregar que en Brasil, cada esfera de gobierno posee competencia tributaria propia.¹⁴¹

III.3 Tipos de tributos y potestades tributarias

El sistema tributario es el instrumento principal con que cuenta el erario para obtener recursos para financiar el gasto público y así proveer a la sociedad de los bienes y servicios que valora y demanda.

Las contribuciones que se recaudan son utilizadas para sufragar el gasto público, lo cual generalmente se ve reflejado en el mantenimiento y provisión de obras públicas (por ejemplo, carreteras, puentes, infraestructura de comunicaciones y transportes, etc.) o en servicios públicos (por ejemplo, educación, seguridad pública, salud, etc.). Todo ello para satisfacer necesidades colectivas.¹⁴²

deuda; transferencias tributarias constitucionales para Estados, Municipios y Distrito Federal; o estén relacionadas con correcciones de errores u omisiones, o con los dispositivos del texto del proyecto de ley; y

- Las enmiendas al proyecto de ley de directrices presupuestarias no podrán ser aprobadas cuando fueran incompatibles con el plan plurianual.

Además, instituye que:

- El Presidente de la República podrá remitir informe al Congreso Nacional para proponer la modificación en los proyectos de referencia, mientras no se iniciase la votación en la Comisión Mixta, de la parte cuya alteración se propone; y

- Los proyectos de ley del Plan Plurianual, de las Directrices Presupuestarias y del Presupuesto Anual, serán enviados por Presidente de la República al Congreso Nacional, en los Términos de la ley complementaria a que se refiere el artículo 165 Constitucional.

Vid., el artículo 166 de la Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁴⁰ La estructura fiscal caracterizada por una acentuada descentralización de poderes y de recursos tributarios, a favor de los gobiernos sub-nacionales (de los estados y de los municipios), así como de las unidades y regiones menos desarrolladas. La Federación, el Distrito Federal, Estados (26) y Municipios (más 5,500) cuentan con administraciones tributarias propias, en el ámbito de sus potestades. Vid., MORGADO, Gatsby y REYES, Indira, Sistema tributario de Brasil, p. 1. Consultable en la siguiente dirección: <http://www.monografias.com/trabajos12/stribras/stribras.shtml> (consultada en noviembre de 2010).

¹⁴¹ La Constitución Federal determina algunas transferencias de ingresos tributarios, con vista a corregir desequilibrios regionales y propiciar una mejor distribución de los ingresos, de acuerdo con las distintas necesidades de Estados, Municipios y regiones del País. Las transferencias constitucionales son automáticas y tienen una naturaleza bastante descentralizadora, beneficiando sobre todo a los Municipios. Ídem., pp. 5 y 6.

¹⁴² Para Gregorio Rodríguez Mejía, es de lógica elemental decir que el Estado no puede tener vida sin los elementos económicos que integran la hacienda pública; como igualmente es lógico decir que sin tales elementos el Estado desaparecería; luego, si existen los obligados para aportar tales elementos, es imperativo que lo hagan, como imperativo es que el cumplimiento de este deber se ajuste a la ley y en ningún caso se incurra en omisión. La economía del Estado depende de los ingresos que obtenga. Hablar de economía estatal equivale a hablar de las fuentes de operación del mismo. Vid., RODRÍGUEZ MEJÍA, Gregorio, Evasión fiscal. Consultable en la siguiente página de Internet: <http://www.buenastareas.com/ensayos/Evasión-Fiscal/36753.html> (consultada en noviembre de 2010).

El propósito primordial de un sistema tributario es recaudar los ingresos necesarios para financiar el gasto público. Cada persona debe aportar una proporción ya sea de su ingreso, de su consumo o de su riqueza, que será destinada a financiar los bienes públicos, el gasto social u otras actividades que tengan efectos económicos positivos para la sociedad.¹⁴³

La estructura tributaria debe tener ciertas cualidades, tales como eficiencia, equidad y simplicidad. La eficiencia se vincula con el hecho de que los impuestos deben ser recaudados interfiriendo lo menos posible con las decisiones de las personas. La equidad se entiende en un doble sentido: horizontal y vertical. Los impuestos tienen que ser horizontalmente equitativos, deben afectar de igual manera a personas de igual capacidad contributiva, a su vez, deben ser verticalmente equitativos, en el sentido de que las personas de mayor capacidad contributiva tienen que pagar proporcionalmente más impuestos. Por último, la simplicidad disminuye otros costos asociados a los impuestos, como los relacionados con la administración y el cumplimiento, a la vez que reduce los espacios de evasión y elusión.¹⁴⁴

En Brasil, las principales directrices tributarias las establece la Constitución Federal.

Dicho Código Supremo determina que la Unión (Nación), los Estados, el Distrito Federal y los Municipios podrán instituir tributos, constituyendo el poder de tributar una calidad inherente al Estado.

En ese tenor, la autonomía político administrativa concede a cada nivel de gobierno la posibilidad de instituir impuestos (en razón del poder de policía o por utilización de servicios públicos) y contribuciones de mejoría (resultado de obras públicas).¹⁴⁵

Ahora bien, de acuerdo con la Constitución Federal brasileña, los impuestos de las competencias exclusivas de la Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios, clasificados por su naturaleza, son los siguientes:¹⁴⁶

¹⁴³ Vid., VILLELA, Luiz, LEMGRUBER, Andrea y JORRATT, Michael, Los presupuestos de gastos tributarios. Conceptos y desafíos de implementación, Banco Interamericano de Desarrollo, Sector de Capacidad Institucional y Finanzas, diciembre de 2009, p. 4.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Vid., el portal del Ministerio de Hacienda de Brasil en la siguiente dirección de Internet: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Principal/Espanhol/SistemaTributarioBR/TribProtestados.htm> (consultada en noviembre de 2010).

¹⁴⁶ Ibid.

IMPUESTOS	COMPETENCIA
IMPUESTOS SOBRE EL COMERCIO EXTERIOR: • Impuesto sobre Exportación – II • Impuesto sobre Importación – I	Nación
IMPUESTOS SOBRE EL PATRIMONIO Y RENTA: • Impuesto sobre la Renta e Ingresos – IR • Impuesto territorial Rural – ITR	Nación
IMPUESTO SOBRE PROPIEDAD DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES	Estados
IMPUESTO DE TRANSMISIÓN CAUSA MORTIS Y DONACIONES – ITCD	Estados
IMPUESTO PREDIAL Y TERRITORIO URBANO – IPTU	Municipios
IMPUESTO DE TRANSMISIÓN INTERVIVOS – ITCI	Municipios
IMPUESTOS SOBRE LA PRODUCCIÓN Y CIRCULACIÓN: • Impuesto sobre productos industrializados – IP • Impuesto sobre Operaciones de Crédito, Cambio y Seguro – IOF	Nación
IMPUESTO SOBRE CIRCULACIÓN DE MERCADERÍAS Y SOBRE SERVICIOS DE TRANSPORTE INTERESTATAL E INTERMUNICIPAL Y DE COMUNICACIÓN – ICMS	Estados
IMPUESTO SOBRE SERVICIOS DE CUALQUIER NATURALEZA – ISS	Municipios

El Distrito Federal acumula las competencias tributarias de los Estados y de los Municipios.

A lo anterior, es de agregar que de los impuestos listados en la Constitución Federal brasileña, se reserva a la Unión la competencia exclusiva para instituir contribuciones sociales. Pero los Estados, el Distrito federal y los Municipios pueden instituir contribución cobrada por sus servidores, para el costeo, para su beneficio, de sistemas de seguridad social y de asistencia social.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Entre las contribuciones sociales, destacan las siguientes:

- Contribución para el Financiamiento de la Seguridad Social – COFINS;
- Contribución para el programa de Integración Social y para el Programa de Formación del Patrimonio del Servidor Público – PIS/PASEP;
- Contribución Social sobre el Lucro Líquido de las Personas Jurídicas – CSLL;
- Contribución Provisoria sobre Movimientos Financieros – CPMF; y
- Contribución para el Seguro Social incidente sobre la Nómina de Pagos (empleado/empleador) y sobre el trabajo por cuenta propia.

Vid., el portal del Ministerio de Hacienda de Brasil en la siguiente dirección de Internet: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Principal/Espanhol/SistemaTributarioBR/TribProtestados.htm> (consultada en noviembre de 2010).

II.4 Órgano de administración tributaria en el ámbito federal

La Secretaría de Ingresos Federales es el principal órgano de Administración Tributaria en el ámbito federal brasileño. Ella es la responsable de la administración de todos los tributos de competencia de la Unión y de varias contribuciones sociales.

Tal Secretaría, es un órgano subordinado al Ministerio de Hacienda que, además, auxilia al Poder Ejecutivo Federal en la formulación de la política tributaria, y trabaja para prevenir y combatir el fraude fiscal, el contrabando, la desviación, la piratería, el fraude comercial, el tráfico de drogas y de animales en extinción y demás ilícitos relacionados al comercio internacional.¹⁴⁸

Entre las atribuciones de esa Secretaría, se encuentran las siguientes:¹⁴⁹

- La administración de los tributos internos y del comercio exterior;
- La gestión y ejecución de las actividades de recaudación, cobranza administrativa, fiscalización, investigación fiscal y control de la recaudación administrativa;
- La gestión y ejecución de los servicios de administración, fiscalización y control aduanero;
- El combate al contrabando y a la evasión fiscal;
- La preparación y juicio, en primera instancia, de los procesos administrativos de determinación y exigencia de créditos tributarios de la Nación;
- La interpretación, aplicación y elaboración de propuestas para el perfeccionamiento de la legislación tributaria y aduanera federal;
- El apoyo a la formulación de la política tributaria y aduanera;
- El apoyo para la elaboración del presupuesto de ingresos y beneficios tributarios de la Nación;
- La interacción con el ciudadano por medio de los diversos canales de servicio, presencial o a distancia;

¹⁴⁸Vid., el portal del Ministerio de Hacienda de Brasil en la siguiente dirección de Internet: <http://www.receita.fazenda.gov.br/principal/Espanhol/Estrutura/ConhecaOrganograma.htm> (consultada en noviembre de 2010).

¹⁴⁹Ibid.

- La educación fiscal para el ejercicio de la ciudadanía;
- La formulación y gestión de la política de informaciones económico fiscales;
- El apoyo a la integración con órganos públicos y privados afines, mediante convenios para permuta de informaciones, métodos y técnicas de acción fiscal, y para la racionalización de actividades, incluso con delegación de competencia;
- La actuación en la cooperación internacional y en la negociación e implementación de acuerdos internacionales en materia tributaria y aduanera; y
- La administración de recursos materiales, financieros, humanos y tecnológicos.

Además, esa Secretaría:¹⁵⁰

- Tiene como misión ejercer la administración tributaria y el control aduanero, con justicia fiscal y con respeto al ciudadano, en beneficio de la sociedad brasileña;
- Cuenta con la visión de futuro de ser una institución de excelencia en administración tributaria y aduanera, de referencia nacional e internacional; y
- Se basa en los siguientes valores que rigen el desarrollo de su actuación: respeto al ciudadano; integridad; lealtad con la institución; legalidad; y profesionalismo.

¹⁵⁰ Vid., el portal del Ministerio de Hacienda de Brasil en la siguiente dirección: <http://www.receita.fazenda.gov.br/principal/Espanhol/ObjetivoMissao/default.htm> (consultada en noviembre de 2010).

II.5 Nivel de recaudación

Un estudio llevado a cabo por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), denominado: “La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir”, presentado durante el Trigésimo tercer periodo de sesiones de la CEPAL, en Brasilia, el 31 de mayo de 2010,¹⁵¹ deja ver nítidamente el nivel de ingresos tributarios de Brasil, situándolo en primer lugar de entre treinta y cuatro países de América Latina y el Caribe, en porcentajes relacionados con el PIB, en los años 1990, 2000 y 2008.¹⁵²

Eso se percibe, a detalle, en los cuadros VII.1 y VII.2 del referido estudio de la CEPAL, que a continuación se reproducen, y de donde se puede notar, por ejemplo, el caso de México que, junto con Haití y Guatemala, es de los países de más baja recaudación en la región:

¹⁵¹ Vid., La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir. Estudio presentado durante el Trigésimo tercer periodo de sesiones de la CEPAL. Coordinado por Alicia Bárcena, Secretaria Ejecutiva de la CEPAL, con la colaboración de Antonio Prado, Secretario Ejecutivo Adjunto, y Martín Hopenhayn, Director de la División de Desarrollo Social, Brasilia, 31 de mayo de 2010, p. 248.

¹⁵² Para la CEPAL, los sistemas fiscales de América Latina y el Caribe se caracterizan actualmente por tres aspectos:

- Baja presión tributaria;
- Tributación regresiva; y
- Orientación deficiente del gasto público.

La CEPAL considera que si bien se han registrado ciertos avances frente a esas limitaciones, aún persiste una estructura tributaria altamente concentrada en los impuestos al consumo, elevados niveles de evasión y elusión, una escasa recaudación de impuestos directos como los que recaen sobre la renta —sobre todo de aquellos que provienen de las personas físicas— en comparación con los países desarrollados y una relevancia poco significativa o nula de los gravámenes de tipo patrimonial.

La CEPAL opina que, lejos de funcionar como un mecanismo que favorece la distribución más equitativa del ingreso, los sistemas tributario y de gasto público de la región están presionando hacia una mayor desigualdad.

Ídem., pp. 250 y 251.

Cuadro VII.1
AMÉRICA LATINA: INGRESOS TRIBUTARIOS DEL GOBIERNO CENTRAL,
INCLUIDAS LAS CONTRIBUCIONES AL SEGURO SOCIAL
(En porcentajes del producto interno bruto)
1990 2000 2008)

	1990	2000	2008
Argentina a	16,0	21,5	30,6
Bolivia (Estado Plurinacional de) a	9,3	17,9	21,7
Brasil a	26,4	30,4	35,5
Chile a	15,5	18,9	20,9
Colombia a b	9,5	14,9	18,4
Costa Rica a	16,9	18,9	23,1
Cuba	...	27,5	25,2
Ecuador	10,1	11,6	16,5
El Salvador	10,5	12,4	14,6
Guatemala	7,6	10,9	11,6
Haití	7,3	7,9	9,5
Honduras	12,9	14,3	15,9
México	11,4	11,0	9,4
Nicaragua	9,0	17,5	21,7
Panamá	14,7	16,0	16,5
Paraguay	9,9	12,0	13,7
Perú	11,7	14,1	17,4
República Dominicana	7,1	11,3	15,0

Uruguay	21,2	22,5	23,3
Venezuela (República Bolivariana de)	18,7	13,6	14,2
Promedio de América Latina (no incluye a Cuba)	12,9	15,7	18,4
Promedio de América Latina	12,9	16,3	18,7

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de cifras oficiales.

a Corresponde al gobierno general.

b La cifra de 2008 corresponde a 2007.

Cuadro VII.2
 EL CARIBE: INGRESOS TRIBUTARIOS DEL GOBIERNO CENTRAL, SIN INCLUIR
 CONTRIBUCIONES AL SEGURO SOCIAL a
 (En porcentajes del producto interno bruto)

	1990	2000	2008
Antigua y Barbuda	18,4	15,8	21,3
Bahamas b	15,7	15,5	15,5
Barbados b c	28,2	31,1	34,1
Belice b	...	23,9	21,2
Dominica b	22,9	24,9	28,9
Granada	22,3	22,7	23,7
Guyana	27,6	29,1	32,0
Jamaica	20,7	22,6	26,5
Saint Kitts y Nevis	19,9	21,2	27,0
San Vicente y las Granadinas	24,0	24,0	28,1

Santa Lucía	26,0	22,5	27,1
Suriname b	...	34,1	22,8
Trinidad y Tabago	22,4	25,3	33,8
Promedio del Caribe	22,6	24,0	26,3

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de cifras oficiales.

a Años fiscales. Las cifras no incluyen contribuciones a la seguridad social.

b Las cifras de 1990 en el caso de las Bahamas y Barbados corresponden a 1995, de Dominica a 1993 y de Trinidad y Tobago (sic) a 1999. Los valores de 2000 de Belice y Suriname corresponden a 2001.

c Sector público no financiero.

De las cifras publicadas por la CEPAL, es palpable el alto porcentaje de recaudación de Brasil.¹⁵³ Ello porque de un grupo de veinte países de América Latina y de catorce del Caribe, en el año de 2008, Brasil se situó en primer lugar de recaudación.¹⁵⁴

Según datos de la CEPAL, sólo en Brasil, Argentina, Bolivia y Nicaragua existe una presión tributaria elevada en relación con el PIB per cápita, mientras que en Uruguay y Costa Rica la carga tributaria parece compatible con su grado de desarrollo. En los demás países de la región se registra una presión tributaria claramente inferior a la que deberían tener de acuerdo con sus niveles de desarrollo.¹⁵⁵

¹⁵³ En opinión de la CEPAL, una forma de evaluar si el nivel de recaudación y la estructura tributaria son “ade cuados” es comparando la relación entre impuestos y PIB en un amplio número de países.

La situación de América Latina y el Caribe respecto de otras regiones del mundo es muy reveladora. En 2007, la carga tributaria de la OCDE representó casi dos veces la de América Latina como porcentaje del PIB.

Por otra parte, en diferentes estudios sobre la materia, se muestra que el nivel potencial de recaudación de los países de la región es considerablemente más alto que el efectivo. Vid., La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir, p. 248.

¹⁵⁴ En el documento: Panorama General del Gasto Público en América Latina y México, de Paunovic, Igor, presentado en la Conferencia que dictó en la Cámara de Diputados, el 14 de mayo de 2007, señaló que en 1990 Brasil recaudó un 20.7%; en 1995 un 20.5%; y en el año 2000, un 23.0. Ello en comparación con México que en 1990 Brasil recaudó un 12.6%; en 1995 un 11.3%; en el año 2000, un 12.1; y, en el 2005, un 11.0%. Vid., PAUNOVIC, Igor, Panorama General del Gasto Público en América Latina y México, Cámara de Diputados, México, 14 de mayo de 2007.

Por lo que hace al nivel de recaudación de México, es de mencionar que ya se observaba desde décadas anteriores. Por ejemplo, en el año de 1980, los ingresos tributarios (sin incluir en Impuesto Especial de Productos y Servicios, IEPS, de gasolinas) fueron del orden del 9.63% del PIB; en 1990, alcanzaron la cifra de 11.4%; después, en 1998, descendieron al 9.19%; luego, en el año 2000 fueron del 11.0%; y en 2008 se redujeron a un 9.4% del PIB. Vid., RUIZ, Tomás, “El sistema fiscal mexicano: avances y retos”. Propuestas para una reforma fiscal integral, Revista Mercado de Valores, Nacional Financiera, México, Distrito Federal, Año LIX, 7 de julio de 1999, p. 4.

Asimismo, en México, al segundo trimestre de 2009, los ingresos tributarios derivados del Impuesto sobre la Renta (incluyendo IETU e IDE a partir de 2008), del IVA y del IEPS representaron el 9.87% del PIB. Vid., Eficiencia recaudatoria: Definición, estimación e incidencia en la evasión. Estudio realizado por el Centro de Economía Aplicada y Políticas Públicas del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), noviembre 24, 2009, pp. 7 a 12.

¹⁵⁵ Vid., La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir, Op. Cit., p. 248.

Evidentemente, el alto nivel de ingresos tributarios de Brasil ha sido progresivo desde hace varios años. Por lo tanto, no es raro que en 2008 ocupara el primer lugar en recaudación tributaria de América Latina y el Caribe, habiendo pasado del 26.4% del PIB en 1990, al 30.4 en el año 2000,¹⁵⁶ para elevarse al 35.5%, en el año 2008. Ello en comparación con el promedio de la región que fue de 18.4%.

Los datos de la CEPAL arrojaron que si bien la presión tributaria de América Latina aumentó de un promedio de 12.8 por ciento del PIB en 1990, a un 18.4 por ciento en 2008, continúa siendo muy baja y además, poco progresiva, habiendo países como Brasil que recaudó 35.5%, en 2008, en comparación, por ejemplo, con México que escasamente recaudó un 9.4%, en ese año.¹⁵⁷

¹⁵⁶Es de mencionar que en 1999 la Carga Tributaria Bruta en Brasil, considerando las tres esferas de gobierno –Unión, Estados y Municipios y la Seguridad Social, correspondió a 30.27% del PIB, representando una recaudación total de R\$ 305.731 billones (US\$ 168.545). De ese total, la Unión, los Estados y los Municipios contribuyeron con 70.4%, 25.6% y 4.0%, respectivamente.

En el año 2000, la Coordinadora de la Política Tributaria de la República Federal, Andrea Lemgruber, afirmó que los impuestos pagados en el año de 1999 por los brasileños fueron equivalentes al 34.36 por ciento del Producto Interior Bruto (PIB) y superiores en porcentaje a lo que se paga en México y Argentina, las otras dos grandes economías de la región. Agregó que la recaudación tributaria en Brasil en el 2001 fue de 406,870 millones de reales (unos 163,000 millones de dólares), lo que supuso un aumento del 5.88 por ciento en comparación con la del 2000. En el mismo período la economía brasileña apenas creció un 1.51 por ciento y la renta per cápita tuvo un leve aumento del 0.19 por ciento. Lemgruber atribuyó el crecimiento en la recaudación tributaria principalmente a modificaciones en la forma como se cobran los tributos de los sectores de combustibles, automotriz y sobre ganancias de capital, para combatir la evasión fiscal. Vid., MORGADO, Gatsby y REYES, Indira, Op. Cit., pp. 4 y 5.

¹⁵⁷La CEPAL asevera que:

- En promedio, la presión tributaria de América Latina alcanza alrededor del 18% del PIB;
- Este nivel es muy bajo tanto en relación con el grado de desarrollo relativo de la región, sobre todo, con las necesidades de recursos implícitas en las demandas de políticas públicas que enfrentan los Estados latinoamericanos;
- Con todo, la evolución de la carga tributaria entre 1990 y 2008, incluida la seguridad social, muestra que la presión media de la región creció apreciablemente, del 12.9% en 1990 al 18.4% en 2008; y
- En los países del Caribe se observa un nivel medio de recaudación tributaria del 26.3% del PIB, que es significativamente más alto que el promedio de América Latina.

La CEPAL también expresa que América Latina y el Caribe no sólo recaudan poco, sino que además recaudan mal: menos de un tercio de la recaudación corresponde a impuestos directos, mientras que el grueso de la carga recae en impuestos al consumo y otros impuestos indirectos. Por eso, no es sorprendente que la distribución del ingreso después del pago de impuestos sea más inequitativa aun que la distribución primaria. De este modo, la diferencia en cuanto a los niveles de presión tributaria entre los países de la OCDE y los de América Latina puede explicarse principalmente por la baja carga tributaria sobre las rentas y el patrimonio en la región, ya que el nivel de impuestos al consumo es bastante similar. Si bien la recaudación del impuesto a las sociedades es parecida (algo más de tres puntos del PIB en la OCDE), hay disparidades significativas en materia de impuesto a la renta (0.9 puntos del PIB en América Latina en comparación con casi nueve puntos del PIB en la OCDE).

En opinión de la CEPAL, dado que el impuesto a la renta personal es el más progresivo de los impuestos, es posible inferir que la estructura tributaria de los países latinoamericanos es más regresiva que la correspondiente a las economías desarrolladas, lo que afecta negativamente la distribución del ingreso y constituye uno de los factores que hacen de América Latina y el Caribe una de las regiones más desiguales del planeta. Vid., La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir, Op. Cit., pp. 247 a 250.

III. GASTOS TRIBUTARIOS EN BRASIL

III. 1 Régimen jurídico

En Brasil, el régimen jurídico de los beneficios o gastos fiscales se encuentra encabezado por la Constitución Federal de 1988, la cual en su Título VI, llamado: *De la Tributación y del Presupuesto*, en el Capítulo II, denominado: *De Las Finanzas Públicas*, en la Sección II: *De los Presupuestos*, en el artículo 165, numeral 6°, estatuye la obligación de rendir un informe regionalizado de los gastos tributarios, a saber:

6o. El proyecto de ley presupuestaria irá acompañado de un informe regionalizado del efecto, sobre ingresos y gastos, de exenciones, amnistías, condonaciones, subsidios y beneficios de naturaleza financiera, tributaria y crediticia.

Dicha disposición, ofrece a los parlamentarios brasileños, durante el análisis del Presupuesto, una visión más amplia del gasto gubernamental efectivo.¹⁵⁸

Tal disposición, encuentra reglamentación en la Ley de Responsabilidad Fiscal (Ley Complementaria N° 101, del 4 de mayo de 2000¹⁵⁹), la cual establece las normas complementarias para la rendición de cuentas de las finanzas públicas en la gestión fiscal, con base en el Capítulo II del Título VI de la Constitución;¹⁶⁰

¹⁵⁸ Vid., CARVALHO, Raimundo Eloi de, Op. Cit., p. 4.

¹⁵⁹ En Brasil, la elaboración de la Ley de Responsabilidad Fiscal inició en 1998, dada la necesidad de equilibrio fiscal.

Para su creación se tomó en cuenta la experiencia internacional.

Los motivos que inspiraron a esa Ley fueron, esencialmente:

- El alto nivel de endeudamiento en todas las esferas del gobierno, con énfasis para las provincias y algunos municipios que mostraban insolvencia. Consecuencias de ello fueron: sucesivas renegociaciones y asunción de deudas de las provincias y municipios por el Gobierno Nacional;
- La falta de control del gasto público y sucesivos déficit anuales, causando un excesivo aumento de la deuda pública en los tres niveles de Gobierno;
- El descontrol de los gastos de personal en las provincias y municipios; recaudaciones altamente comprometidas causadas por falta de políticas en responsabilidad hacendaria; contrataciones debido a intereses y compromisos políticos; aumentos de salarios sin sustentabilidad financiera por diversos motivos (electorales, falta de planeamiento, etc.);
- La falta de mecanismos de control que derivaban en financiamientos de los déficit por instituciones financieras de las provincias y municipios, causando su quiebra;
- La desacreditación o el desprestigio del sector público;
- El aumento de los costos en la adquisición de bienes del sector, incluyendo los intereses, generando un círculo vicioso; y
- El desequilibrio en los regímenes de Previsión Social (jubilación y salud) del sector público, con crecientes déficit.

Vid., LAGE GONÇALVES, Laira Vanessa, La Ley de Responsabilidad Fiscal en Brasil: antecedentes, estructura, objetivos, y resultados, Ministerio de Planeación, Presupuesto y Gestión, Brasilia, mayo de 2005, p. 2.

¹⁶⁰ Vid., el artículo 1, parágrafos 1 y 2, de la Ley de Responsabilidad Fiscal (Ley Complementaria N° 101, del 4 de mayo de 2000).

extendiendo la obligación de estimar los gastos tributarios a Estados, Distrito Federal y Municipios.¹⁶¹

De dicha Ley:¹⁶²

- Establece las normas complementarias para la rendición de cuentas de las finanzas públicas en la gestión fiscal, con el apoyo en el capítulo II del título VI de la Constitución;
- Indica que la responsabilidad de la gestión fiscal requiere de una acción concertada y transparente, que evite riesgos y corrija desviaciones que puedan afectar el equilibrio de las cuentas públicas; los objetivos de resultado de la reunión entre los ingresos y gastos, y el cumplimiento de los límites y condiciones en materia de exenciones de impuestos, generación de los gastos de personal, la seguridad social y el consolidado en títulos de deuda, así como las operaciones de crédito;
- Manda que sus disposiciones rijan al ámbito federal, estatal, del Distrito Federal y los Municipios; y
- Aplica al Poder Ejecutivo, al Poder Legislativo (quedando abarcados los Tribunales de Cuentas) y al Poder Judicial, en todos los niveles de gobierno (la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios), abarcando su administración directa, fondos, fundaciones y propiedad de las empresas estatales.¹⁶³

¹⁶¹ Ley de Responsabilidad Fiscal fue promulgada el 4 de mayo de 2000 por el Presidente Fernando Henrique Cardoso.

Ella entró en vigor el 5 de ese mismo mes y año; deroga a la ley complementaria 96 de 31 de mayo de 1999; es una ley complementaria del artículo 163 de la Constitución Federal; y establece las normas de guía de las finanzas públicas en Brasil. Su objetivo es mejorar la gestión fiscal de los recursos públicos, a través de acciones planificadas. También es tratar de evitar riesgos, permitiendo corregir las desviaciones y hacer transparente el saldo de las cuentas públicas. El punto de partida de la Ley de Responsabilidad Fiscal es la planificación.

A través de esa Ley, se establece la normativa de la gestión fiscal. igualmente, se crean nuevos roles para la Ley Presupuestaria Anual, la Ley de Directrices Presupuestarias, cuya discusión y preparación debe contar con la participación popular, incluyendo audiencias públicas, para garantizar una mayor transparencia de la administración gubernamental. La participación de la sociedad debe cubrir todas las entidades de la Federación, en todas las esferas de gobierno, y en todos los poderes del Estado. Las reglas del juego consisten en fijar metas, límites y condiciones para la gestión ingresos y gastos.

La Ley de Responsabilidad Fiscal, se basa en cuatro áreas: planificación, transparencia, control y rendición de cuentas.

Vid., KHAIR, Amir Anthony, *Ley Responsabilidad Fiscal. Guía de orientación para los gobiernos municipales*, Ministerio de Planificación, Presupuesto y de Gestión, Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social, Folleto 08/10/2000, Brasília, pp. 12 a 16.

¹⁶² Vid., el artículo 1, párrafos 1, 2 y 3, de la Ley de Responsabilidad Fiscal (Ley Complementaria N° 01, del 4 de mayo de 2000).

¹⁶³ Vid., el artículo 1, párrafo 3, de la Ley de Responsabilidad Fiscal (Ley Complementaria N° 101, del 4 de mayo de 2000).

En su artículo 5, fracción II, esa Ley ordena que el proyecto de Ley Presupuestaria Anual debe ir acompañado del documento (informe) a que se refiere el §6° del artículo 165 de la Constitución:¹⁶⁴

Artículo 5°. El proyecto de ley presupuestaria anual, elaborada de forma compatible con el plan plurianual, con la ley de directrices presupuestarias y con las normas de esta Ley Complementaria:

II – Estará acompañado del documento a que se refiere el §6° del artículo 165 de la Constitución, así como de las medidas para compensar las renunciaciones de ingresos y al aumento de los gastos obligatorios de carácter continuo;

Además, en su artículo 14 dispone:¹⁶⁵

Artículo 14. La concesión o prórroga de un incentivo o beneficio fiscal de la cual resulte la renuncia de ingresos debe estar acompañada de la estimación del impacto presupuestario financiero en el ejercicio fiscal en que deba iniciar su vigencia y en los próximos dos, para cumplir con lo dispuesto en la Ley de Directrices Presupuestarias y, a por lo menos, una de las siguientes condiciones:

¹⁶⁴Anthony Amir Khair explica que conforme al citado precepto, el Informe Anual anexo a la Ley Presupuestaria debe ser elaborado de forma coherente con el Plan Plurianual, con la Ley de Directrices Presupuestarias y con la Ley de Responsabilidad Fiscal, de la siguiente manera:

- Contener la declaración de la compatibilidad de la programación presupuestaria de acuerdo con los objetivos y metas contenidas en la Ley de Directrices Presupuestarias y en la Ley Presupuestaria Anual;
- Ir acompañada de la declaración del efecto sobre los ingresos y gastos, de la renuncia de los ingresos y el aumento del gasto de obligaciones de carácter continuado;
- Contener una reserva para imprevistos, que se define sobre la base neta de los ingresos corrientes neta, para el pago de los pasivos contingentes; y
- No entregar la asignación para la inversión, que dure más de un ejercicio presupuestario, sino se permite su inclusión en el Plan Plurianual o en una ley que autoriza su inclusión.

Vid., KHAIR, Amir Anthony, Op. Cit., p. 22.

¹⁶⁵Al respecto, Anthony Amir Khair explica que los incentivos fiscales incluyen la amnistía, el perdón, la subvención, el crédito presunto, la concesión de exención, el cambio de la tasa o cambio en el cálculo básico de la participación. También señala que cualquier renuncia de los ingresos:

- Deben ir acompañados de una estimación del impacto presupuestario y financiero en el año en que comenzó a funcionar y los dos años siguientes, y
- Se deben ajustar a las disposiciones de la Ley de Directrices Presupuestarias y por lo menos una de las siguientes condiciones: a) demostración por los proponentes de que la renuncia fue considerada en la estimación de los ingresos de la Ley de Presupuesto Anual, y que no afectará las metas de los resultados fiscales previstos; y b) ir acompañadas de medidas compensatorias en el año que inicia su funcionamiento y los dos años siguientes.

Esta compensación se puede lograr aumentando las altas tasas de impuestos; la ampliación de la base para el cálculo; y el aumento o creación de impuestos o contribuciones. Si es necesario, la exención entrará en vigor cuando entren en práctica las medidas de compensación. Se pueden hacer recortes de impuestos para la cancelación de la deuda en un monto que sea menor que el monto de sus gastos de recaudación.

El citado autor expresa que la Ley de Responsabilidad Fiscal, al obstaculizar las exenciones fiscales, garantiza mayor nivel de ingresos, lo que elimina la presión de los contribuyentes para obtener beneficios fiscales, e impone restricciones a la guerra fiscal entre los municipios. Vid., KHAIR, Amir Anthony, Op. Cit., p. 27.

I- La demostración por el proponente de que la renuncia de ingresos fue considerada en la estimación de ingreso de la ley de presupuesto, de acuerdo con el artículo 12, y de que no afectará a las metas fiscales previstas en la misma Ley de Directrices Presupuestarias;

II – Debe estar acompañada de medidas de compensación, en el plazo mencionado, mediante el aumento de los ingresos, derivados del aumento de las tarifas, la ampliación de la base de cálculo, y el aumento o creación de impuesto o contribución.

1. La renuncia incluye la amnistía, el perdón, el subsidio, el crédito, una exención en general en la tasa de cambio o modificación del cálculo de base relacionados con la reducción de las contribuciones detalladas o impuestos, y otros beneficios que corresponden a un trato diferente;

2. Si el acto de concesión o prórroga del incentivo o beneficio de este artículo se derivan de la condición descrita en el punto II, el beneficio entrará en vigor cuando sean adoptadas las medidas mencionadas.

3. Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán:

I – A cambios en los tipos impositivos establecidos en las fracciones I, II, IV y V del artículo 153 de la Constitución, de conformidad con su § 1; y II – A la cancelación de deuda por un valor inferior a sus costos.

Ahora bien, en relación con el documento que debe acompañar a la Ley Presupuestaria Anual,¹⁶⁶ es de mencionar que la información sobre la estimación de los gastos tributarios, referentes a un determinado año, es consolidada en el Demonstrativo dos Gastos Tributários.

¹⁶⁶Es de mencionar que el presupuesto brasileño se crea a partir de tres leyes subordinadas entre sí, o sea, una respeta a la otra y viceversa. Las leyes son: el Plan Plurianual, la Ley de Directrices Presupuestarias; y la Ley Presupuestaria Anual:

- El Plan Plurianual establece metas y objetivos para cuatro años. El órgano responsable de dicho Plan es la Secretaría de Planificación e Inversión Estratégica, subordinada al Ministerio de Planificación;
- La Ley de Directrices Presupuestarias delimita las prioridades presupuestarias para el año siguiente; y
- La Ley Presupuestaria Anual crea un presupuesto con la recaudación, los gastos y las inversiones del año correspondiente.

El Presupuesto de la Unión también debe cumplir con la Ley de Responsabilidad Fiscal, la cual instituye nuevas responsabilidades de los alcaldes, gobernadores y también del Presidente, entre las cuales sobresalen las de: limitar el gasto en nóminas; prohibir la creación de un nuevo gasto continuo sin que exista una nueva fuente de ingresos; impedir el aumento de sueldo del personal 180 días antes de una nueva elección correspondiente; y prohibir la creación de gastos que no sigan el Presupuesto.

Es de señalar que cada vez que se somete a votación una ley presupuestaria, los diputados y senadores pueden incluir enmiendas en la ley. Tienen derecho a presentar 20 enmiendas individuales. La bancada de cada estado también puede sugerir alteraciones de acuerdo con la cantidad de diputados y las bancadas de las regiones pueden presentar dos enmiendas más cada una. Las comisiones permanentes del senado y de la cámara tienen derecho a presentar cinco enmiendas cada una. Estas modificaciones se hacen de forma que la ley se torne más útil para la sociedad civil.

Tal Demonstrativo es elaborado por el Ministerio de Hacienda con el fin de cumplir con:

- El parágrafo 6 del artículo 165 de la Constitución, que establece la obligación del Ejecutivo de presentar la declaración regionalizada del efecto sobre los ingresos y gastos, derivado de las exenciones, amnistías, remisiones, subsidios y beneficios fiscales en general; y

- La fracción II del artículo 5 de la Ley Complementaria N ° 101 del 4 de mayo de 2000, que establece que el proyecto de Ley presupuestaria Anual deberá ir acompañada del documento a que se refiere el § 6 del artículo 165 de la Constitución, así como medidas de compensación, renunciaciones de ingresos y aumento de los gastos obligatorios de carácter continuo.¹⁶⁷

Dicho informe contiene, detalladamente y por tributo, todas las modalidades de beneficios fiscales que, conforme al concepto utilizado, generan gastos indirectos por medio del sistema tributario. Además, tiene una descripción sucinta sobre la legislación básica y el plazo de validez de cada modalidad de beneficio.¹⁶⁸

En ese Informe, los resultados de las estimaciones de gastos tributarios se presentan totalizados y con la siguiente clasificación:

- Por tributo: según modalidad y región.
- Por función presupuestaria: según modalidad y región.

En específico, el Demonstrativo dos Gastos Tributários 2010 encierra las estimaciones de los gastos fiscales para ese año, se desglosan en veinticinco cuadros, que representan la consolidación de los valores de los gastos fiscales relativas a los impuestos federales, desglosados por los ingresos y el presupuesto de funcionamiento, comparándolos con las cifras del producto interno bruto –PIB– y los ingresos administrados por la Receita Federal do Brasil. Tiene también la consolidación del país por regiones geográficas, por función y desglose del presupuesto de gastos fiscales importantes.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Vid., Demonstrativo dos Gastos Tributários 2010, Ministério da Fazenda, Brasília, Brasil, Agosto de 2009, p. 5.

¹⁶⁸ El Demonstrativo dos Gastos Tributários, después que el Proyecto de Ley de Presupuesto Anual es presentado al Congreso, la Secretaría de Ingresos Federales lo muestra en su página de Internet. Vid., CARVALHO, Raimundo Elói de, Op. Cit., p. 10.

¹⁶⁹ El Demonstrativo dos Gastos Tributários 2010 tiene un breve análisis de los valores de las estimaciones de gastos tributarios; la relación de gastos incluidos, eliminados o modificados en relación al 2009; y el objetivo de análisis de los valores estimados, así como la fuente de la información utilizada en el cálculo de impuestos. Vid., el Demonstrativo dos Gastos Tributários 2010, Ministério da Fazenda, Brasília, Brasil, agosto de 2009, pp. 13 a 15.

De los veinticinco Cuadros del Demonstrativo dos Gastos Tributários 2010, los que van del I a IX aluden a los valores consolidados de los gastos tributarios, de la siguiente manera:

- Cuadro I: Gastos tributarios por función presupuestal, calculando los valores nominales por región geográfica;
- Cuadro II: Gastos tributarios por función presupuestal, calculando los valores nominales, por región geográfica, en porcentajes;
- Cuadro III - Gastos tributarios por función presupuestaria y por modalidad de gasto;
- Cuadro IV: Principales gastos de impuestos por función presupuestal;
- Cuadro V: Gastos tributarios por tipo de ingreso;
- Cuadro VI: Gastos tributarios por tipo de ingreso y modalidad de gasto;
- Cuadro VII: Desglose de los gastos fiscales por tipo de ingreso, calculando los valores nominales por región geográfica;
- Cuadro VIII: Desglose de los gastos fiscales por tipo de ingreso, regionalizado en porcentaje; y
- Cuadro IX: Desglose de los más importantes gastos fiscales 2010.

Asimismo, los cuadros que van del X a XXI, se refieren a los valores por tributo y por modalidad de gasto, de la siguiente manera:

- Cuadro X: Impuesto sobre Importación;
- Cuadro XI: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, regionalizados, en porcentajes;
- Cuadro XII: Impuesto sobre la Renta de las Personas Jurídicas;
- Cuadro XIII: Impuesto sobre la Renta en Fondos de Retiro;
- Cuadro XIV: Impuesto sobre Productos Industrializados- Operaciones Internas;
- Cuadro XV: Impuesto sobre Productos Industrializados- Vinculados a la Importación;

- Cuadro XVI: Impuesto sobre Operaciones Financieras;
- Cuadro XVII: Impuesto sobre la Propiedad Territorial Rural;
- Cuadro XVIII: Contribución Social para el PIS-PASEP;
- Cuadro XIX: Contribución Social sobre la renta neta;
- Cuadro XX: Contribución para el Financiamiento de la Seguridad Social; y
- Cuadro XXI: Contribución sobre Actividades Económicas;

Los cuadros que van del XXII al XXV tratan de las exenciones de impuestos en materia del Régimen General de Previsión Social, del siguiente modo:

- Cuadro XXII: Exenciones de Seguridad Social;
- Cuadro XXIII: Exenciones de Seguridad Social, calculando los valores nominales por región geográfica;
- Cuadro XXIV: Exenciones de Seguridad Social, calculando los valores nominales por región geográfica, en porcentajes; y
- Cuadro XXIV: Exenciones de Seguridad Social, descripción legal.

A lo anterior, es de añadir que el *Demonstrativo dos Gastos Tributários 2010*, además de lo concerniente a los referidos cuadros, alude al marco legal y al concepto de gastos fiscales; cuenta con un breve análisis de valores estimados; tiene un apartado acerca de inclusiones, exclusiones y cambios en los gastos tributarios, y otro donde hace una aclaración adicional para, finalmente, indicar la fuente de información utilizada en el cálculo de los gastos fiscales.¹⁷⁰

Por último, es de apuntar que también forman parte del régimen jurídico de los gastos fiscales todas las leyes que se mencionan en el *Demonstrativo dos Gastos Tributários*, así como los siguientes ordenamientos:

¹⁷⁰Vid., el *Demonstrativo dos Gastos Tributários 2010*, Ministério da Fazenda, Brasília, Brasil, agosto de 2009.

• La Ley de Directrices Presupuestarias de la Unión para 2010 (Ley N ° 12.017, del 12 de agosto de 2009) la cual establece directrices para el desarrollo y la aplicación de la Ley Presupuestaria de 2010 y otras disposiciones;¹⁷¹ y

• La Ley Presupuestaria para 2010 (Ley N ° 12.214, de 26 de enero de 2010), la cual contiene la estimación de ingresos y los gastos conjuntos de la Unión para el año fiscal 2010.¹⁷²

III. 2 Antecedentes

El Sistema Tributario Brasileño siempre ha procurado exoneraciones tributarias con el objetivo de atender propósitos como incentivar el desarrollo de sectores de la economía y la promoción de la ecualización de las rentas entre las regiones geográficas del Brasil, con la finalidad de disminuir la desigualdad existente entre ellas. Sin embargo, hasta la década de los 70s y mediados de los 80 no había manifestación oficial en el sentido de sistematizar el catálogo de los beneficios tributarios ni de cuantificar sus costos. Fue en la década de los 80 cuando se dieron los primeros pasos para identificar y cuantificar los costos derivados de la concesión de incentivos tributarios, aunque ceñidos, básicamente, a las actividades académicas, y centrados en el Impuesto sobre la Renta de las personas físicas y jurídicas.¹⁷³

En 1988, ocurrieron trascendentales reformas que le dieron una nueva Constitución a Brasil, la cual introdujo cambios al sistema tributario, estableciéndola obligatoriedad de elaborar un Demostrativo regionalizado, que sería tramitado junto con el proyecto de Ley Presupuestaria Anual, con la estimación del valor que dejaría de ser recaudado en razón de la concesión de beneficios tributarios.¹⁷⁴ Ello quedó consignado en el artículo 165, parágrafo 6, al siguiente tenor:

¹⁷¹ Vid., la Ley de Directrices Presupuestarias de la Unión para 2010 (Ley N ° 12.017, del 12 de agosto de 2009).

En especial, se sugiere consultar el Anexo IV.5: Responsabilidad de Ingresos, en la PREVISIÓN DE GASTOS FISCALES -PRESUPUESTO POR FUNCIÓN- regionalizado (a precios corrientes).

Se sugiere consultar el Anexo II, sobre todo el inciso f) que refiere:

f) Los subsidios financieros y créditos concedidos por la Unión, listados por tipo de prestación, especificando para cada uno de sus otras leyes, la que se autoriza y el área cubierta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 165, § 6 de la Constitución, teniendo en cuenta:

1. Desglose de las subvenciones presupuestarias y no presupuestarias, financieras y primarias;
2. Valores que tuvieron en 2007 y 2008;
3. Estimaciones para 2009 y 2010, acompañadas por sus memorias de cálculo, y
4. Efecto sobre las estimaciones de cada cambio de punto porcentual en el costo de oportunidad de Hacienda, en su caso.

¹⁷² La Ley Presupuestaria Anual estableció las estimaciones de Ingresos de la Unión para el ejercicio 2010 en un monto de R \$ 1,860,428,516,577.00 (un billón ochocientos sesenta mil millones, cuatrocientos veintiocho millones, quinientos dieciséis mil quinientos setenta y siete dólares).

¹⁷³ Vid., CARVALHO, Raimundo Eloi de, Op. Cit., p. 2.

¹⁷⁴ Ídem., p. 3.

6o. El proyecto de ley presupuestaria irá acompañado de un informe regionalizado del efecto, sobre ingresos y gastos, de exenciones, amnistías, condonaciones, subsidios y beneficios de naturaleza financiera, tributaria y crediticia.

En 1988, también se creó una comisión en el Ministerio de Hacienda -integrada por funcionarios de la Secretaría de Asuntos Económicos y de la Secretaría de Ingresos Federales- con el objetivo de cumplir el mandato del artículo 165, párrafo 6 constitucional.

Esa Comisión, se encargó de elaborar el primer Demostrativo de Beneficios Tributarios que se incorporó al Presupuesto General de la Unión de 1989. La atribución legal para la elaboración de los siguientes demostrativos anuales quedó a cargo de la Secretaría de Ingresos Federales.¹⁷⁵

En la elaboración del primer Demostrativo, se dieron dificultades inherentes al inicio de cualquier proceso, como la falta de claridad en cuanto al concepto del gasto tributario; a la variedad de incentivos; y la precariedad de las fuentes de información y de estadísticas adecuadas. Empero, el hecho de lograr tener la lista de todos los beneficios distribuidos por tipo de tributo y una cuantificación (no obstante precaria) fue una ganancia.¹⁷⁶

Con el tiempo, se perfeccionaron las fuentes básicas de información, especialmente las Declaraciones de Informaciones Tributarias, de las personas físicas y jurídicas, con alteración o creación de campos para la captura de datos de interés directamente para la aplicación de la metodología de cálculo.¹⁷⁷

En 2003, un estudio desarrollado con miras a la revisión y al perfeccionamiento del concepto del gasto tributario, en el sentido de promover una mayor uniformidad con relación al entendimiento adoptado a nivel mundial, permitió la reasignación de incentivos (inclusión y exclusión), el alineamiento directo con las funciones presupuestarias (Asistencia Social, Salud, Educación etc.). Asimismo, generó el cambio del término “beneficio tributario” a “gasto tributario”, haciendo que el informe anual se llamara. Demostrativo dos Gastos Tributários (Demostrativo de los Gastos Tributarios).¹⁷⁸

Hoy en Brasil se elabora, por la Secretaría de Ingresos Federales, el Demostrativo dos Gastos Tributários, documento que se integra al conjunto de información referente al Presupuesto Federal que el Poder Ejecutivo Central envía al Poder Legislativo, a más tardar el último día hábil del mes de agosto del año anterior al de referencia del Presupuesto.

¹⁷⁵Ibíd.

¹⁷⁶Ibíd.

¹⁷⁷Ibid., p. 4.

¹⁷⁸Ibid., p. 4.

Al Poder Legislativo compete la tarea de analizar y transformar en Ley el proyecto presupuestario. Pero los datos sobre gastos tributarios tienen carácter meramente informativo y, por lo tanto, no están sujetos al mismo tratamiento dado en el Presupuesto Federal para los gastos directos.¹⁷⁹

La Periodicidad de ese Demostrativo es anual, abarcando los gastos fiscales en el Gobierno Central. Los impuestos incluidos son: impuesto sobre importaciones, sobre la renta (personas físicas, jurídicas y retenciones en la fuente), impuesto sobre productos industrializados (IPI), impuesto sobre las operaciones financieras (IOF), impuesto a la propiedad territorial rural, contribución social para PIS-PASEP, contribución social sobre el lucro líquido, contribución para financiamiento de la Seguridad Social (COFINS). No se incluye el impuesto sobre la circulación de mercaderías y servicios (ICMS) de carácter estadual.¹⁸⁰

III.3 Definición

Los gobiernos utilizan los sistemas tributarios no sólo como un instrumento de recaudación, sino para promover ciertos objetivos de política económica, como incentivar el ahorro, proteger a la industria nacional, el mejoramiento del nivel de ingresos de los individuos, el fomento de la inversión y la generación de empleos, entre otros.

De ese modo, a través de la reducción de la carga impositiva, el gobierno pretende atender objetivos extrafiscales.

En tales circunstancias, el sistema tributario cumple un papel similar al del gasto público, pero por la vía de la renuncia del Estado a toda la recaudación, o parte de ella, que correspondería obtener de determinados contribuyentes o actividades. Esta renuncia de ingresos fiscales es lo que se conoce como gasto tributario.¹⁸¹

Empero, un gasto tributario, en la medida en que favorezca a un grupo específico de contribuyentes o actividades se traducirá, necesariamente, en una pérdida de equidad horizontal. Desde este punto de vista, se puede decir que los presupuestos de gastos tributarios constituyen informes que muestran el grado de inequidad horizontal de los impuestos.¹⁸²

¹⁸¹Idem., p. 10.

¹⁸⁰Id., JIMÉNEZ, Juan Pablo y PODESTÁ, Andrea, Op. Cit., p. 38.

¹⁸¹Ibid.

¹⁸²Según el reporte sobre gastos tributarios de la OCDE de 1996, la identificación de esos gastos constituye un ejercicio de clasificación, que consiste en dividir las disposiciones tributarias entre aquellas que forman parte de un impuesto de referencia o norma, y otras que son desviaciones respecto de esa norma. Cuando una disposición tributaria se desvía de la referencia o norma, se dice que existe un gasto tributario. Idem., pp. 5 y 6.

Los gastos tributarios son aquellos que el gobierno realiza por medio de la legislación tributaria, para reducir o postergar el impuesto para una parte de los contribuyentes. Los gastos tributarios son la recaudación que el fisco deja de percibir en virtud de la aplicación de concesiones o regímenes impositivos especiales. Los gastos tributarios constituyen una de las varias herramientas de que disponen los gobiernos para ejecutar sus políticas públicas.¹⁸³ Son tratamientos preferenciales de carácter impositivo que se traducen en una disminución en la recaudación tributaria, y dan lugar a la aplicación de regímenes de excepción. En general, son exenciones fiscales creadas por las leyes fiscales.

Por lo demás, los gastos tributarios son una transferencia de recursos públicos llevada a cabo mediante la reducción de las obligaciones tributarias con respecto a un impuesto de referencia. Son una “renuncia tributaria”, por el hecho de que por esta vía el fisco desiste parcial o totalmente de aplicar el régimen impositivo general, atendiendo a un objetivo superior de política económica o social.¹⁸⁴

En sentido amplio, los gastos tributarios son apoyos indirectos autoaplicativos del Gobierno hacia diversos sectores de la economía o de contribuyentes, otorgados a través del marco tributario. Ellos no implican una erogación de recursos o ingresos previamente obtenidos, sino que permiten a sus beneficiarios disminuir, evitar o diferir el pago de impuestos.

A lo anterior, es de señalar que el concepto de “gasto tributario” surgió a comienzos de los años 60, en Alemania y Estados Unidos, países que fueron los primeros en elaborar presupuestos de gastos tributarios, como una forma de dar transparencia a la acción pública ejecutada por esta vía, tal como normalmente se hace con el gasto directo.

A principios de la década de 1970 que Alemania y los Estados Unidos registraron los gastos fiscales en cuentas especiales e informaron de ello al parlamento; en 1983, Australia, Austria, Canadá, Francia y España también periódicamente procedieron a identificar los gastos fiscales y rendir informes de ello.¹⁸⁵ En 1996, casi todos los países miembros de la OCDE informaban de los gastos al Poder Legislativo.¹⁸⁶

El término “gasto tributario” es atribuido a Stanley Surrey, quien como Secretario Asistente para Política Fiscal del Departamento del Tesoro de Estados Unidos en 1967, compiló una lista de preferencias y concesiones en el impuesto

¹⁸³ Ídem, pp. 1 y 2.

¹⁸⁴ Íbid.

¹⁸⁵ Durante los años ochenta, la práctica de elaborar presupuestos de gastos fiscales se hizo extensiva a casi todos los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y a unos pocos países en desarrollo.

¹⁸⁶ Vid., KRAAN, Dirk-Jan, Off-budget and Tax Expenditures, OECD Journal On Budgeting 122, Volume 4, No. 1, 2004, p. 17.

a la renta dándole la forma de un programa de gasto. La idea que está detrás de esta formulación, es que lo que se deja de recaudar por exención, podría ser recaudado y gastado en esa u otra opción. Entonces, para poder evaluar el costo de oportunidad de esa exención, debe calcularse lo que se deja de recaudar. Debe compararse el costo de esta renuncia en términos de su impacto con el efecto de medidas alternativas.¹⁸⁷

En 1985 Surrey y McDaniel explicaron que el concepto de gastos fiscales plantea que un impuesto sobre la renta se compone de dos elementos distintos. El primer elemento consiste en las disposiciones de carácter necesario para implementar un impuesto sobre la renta normal, tales como la definición de los ingresos netos; la especificación de las normas contables; la determinación de las entidades sujetas al impuesto; la determinación del calendario y la exención de los niveles de tipos; y la aplicación del impuesto a las transacciones internacionales. El segundo elemento, consiste en las preferencias especiales que se encuentran en todos los impuestos sobre la renta. Estas disposiciones, a menudo llamadas incentivos fiscales o subsidios fiscales, son desviaciones de la estructura tributaria normal y están diseñadas para favorecer a una industria o actividad en particular, o un tipo o de las personas, etc. Cualquiera que sea su forma, estas desviaciones de la estructura tributaria normativa representan el gasto público para las actividades a favor o en grupo, realizadas a través del sistema fiscal en lugar de a través de subvenciones directas, préstamos u otras formas de ayuda del gobierno. Bajo este enfoque, los gastos fiscales se definen como las desviaciones de una estructura normal del impuesto.¹⁸⁸

En 1996 un informe de la OCDE mencionó requisitos exigidos por algunos países para considerar que existe un gasto tributario. Esos requisitos consisten en lo siguiente:¹⁸⁹

- Las concesiones tributarias deben beneficiar a una industria, actividad o clase de contribuyentes en particular;
- Deben servir a un propósito particular (diferente de la operación eficiente del sistema), que sea fácilmente identificable con un objetivo que puede ser llevado a cabo en forma alternativa con otros instrumentos;

¹⁸⁷ Vid., JIMÉNEZ, Juan Pablo y PODESTÁ, Andrea, Inversión, incentivos fiscales y gastos tributarios en América Latina, Publicado en el número 77, Macroeconomía del desarrollo, SE, Santiago de Chile, marzo de 2009, p. 23.

¹⁸⁸ Vid., RIIS, Michael Jacobsen, et al, Tax Expenditures in the Nordic Countries, a report from a Nordic working group, presented at the Nordic Tax Economist meeting in Oslo, June 2009, January 2010, pp. 6 y 7.

¹⁸⁹ Vid., VILLELA, Luiz, LEMGRUBER, Andrea y JORRATT, Michael, Op. Cit., pp. 5 y 6.

- El impuesto en cuestión tiene que ser lo bastante amplio como para que haya un impuesto de referencia adecuado contra el cual medir el valor de la concesión;
- Tiene que ser administrativamente factible cambiar el sistema tributario para eliminar el gasto tributario; y
- En el sistema tributario no debe haber otras disposiciones que compensen con holgura los beneficios del gasto tributario.

En 2004, la OCDE consideró que un gasto tributario podía definirse como una transferencia de recursos públicos que es realizada mediante reducciones de obligaciones fiscales en relación con un impuesto, en vez de ser efectuadas a través de un subsidio directo. Pero a menudo se ha observado que esta definición no ha llevado a la comparabilidad internacional de los gastos fiscales, debido a diferencias de opinión sobre el impuesto de referencia.¹⁹⁰

En 2008, la OCDE consideró que las disposiciones de la legislación fiscal, regulación o práctica que reduce o aplaza los ingresos para una población relativamente estrecha de contribuyentes en relación con un impuesto de referencia, es lo que se conoce como gastos fiscales.¹⁹¹

En los últimos años, se ha usado el término gasto tributario como sinónimo de incentivo por el lado de las exenciones impositivas y se ha ampliado su utilización a un mayor número de impuestos.

Así, los gastos tributarios pueden adoptar diversas modalidades como exclusiones, exenciones, deducciones, tasas preferenciales, créditos fiscales o postergación de las obligaciones tributarias.¹⁹²

Juan Pablo Jiménez y Andrea Podestá, en un sentido amplio, dicen que el gasto tributario puede entenderse como aquella recaudación que el fisco deja de percibir producto de la aplicación de franquicias o regímenes impositivos especiales y cuya finalidad es favorecer o estimular a determinados sectores, actividades, regiones o agentes de la economía. De esta manera, existe gasto tributario cuando hay desvío de la norma tributaria, pérdida de recaudación y ganancia para ciertos contribuyentes.¹⁹³

¹⁹⁰ Vid., KRAAN, Dirk-Jan, Op. Cit., p. 18.

¹⁹¹ Vid., ANDERSON, Barry, Tax expenditures in OECD countries, 5th Annual Meeting of OECD-Asia SBO, Bangkok, January 10-11, 2008, p. 1.

¹⁹² En términos generales, los incentivos tributarios constituyen instrumentos por medio de los cuales se busca afectar el comportamiento de los actores económicos a un costo fiscal limitado. Ídem., p. 16.

¹⁹³ Ídem., p. 27.

La definición podría incorporar medidas como son la aplicación de tasas diferenciales, el otorgamiento de créditos fiscales y de deducciones más favorables, así como esquemas que permiten el diferimiento del pago de los impuestos o que otorgan alguna facilidad administrativa, entre otros.

Sin duda, una de las principales dificultades para definir e identificar los gastos tributarios dentro de una legislación particular radica en convenir una norma o impuesto de referencia contra el cual se puedan contrastar las disposiciones de la legislación tributaria.¹⁹⁴

De ahí que, a nivel mundial, existan coincidencias y diferencias sobre el concepto del gasto tributario, resultando que no haya un concepto único que pueda ser universalmente aceptado y adoptado por todos los países.

Algunos consideran que para determinar los conceptos que generan gastos fiscales, es necesario definir el ingreso gravable y la tasa que forman parte de la estructura normal del impuesto. Una vez que éstas se precisan, los gastos fiscales se identifican como aquellos elementos que afectan la base gravable o el impuesto determinado y que se alejan de su estructura normal.

La base gravable de los impuestos directos o al ingreso, se conforma por todos aquellos ingresos que se considere deben ser sujetos del impuesto en cuestión, siendo necesaria la aplicación de un criterio para definir qué se debe considerar como parte de ésta o no.

En cuanto a la estructura normal del impuesto, deben precisarse los conceptos que formen parte de ésta o bien cuáles pudieran ser considerados como tratamientos diferenciados o de excepción, y que por lo tanto representan un gasto fiscal.

La estructura normal de un impuesto se compone de aquellas medidas que están contenidas en la legislación fiscal y forman parte fundamental de su naturaleza.

La estructura normal de un impuesto está constituida por los tratamientos generales en materia de objeto, sujeto, base, tasa o tarifa, así como por el régimen aplicable a los residentes en el extranjero, entre otros. La estructura normal de un impuesto varía entre países.

¹⁹⁴ Las cuantificaciones de los gastos tributarios pueden ser radicalmente distintas según la definición adoptada, lo cual trae aparejada, entre otras cosas, la imposibilidad de realizar comparaciones confiables de las magnitudes de los gastos tributarios entre distintos países. Vid., VILLELA, Luiz, LEMGRUBER, Andrea y JORRATT, Michael, Op. Cit., p. 5.

De acuerdo con el documento “Tax Expenditures in OECD Countries”, publicado por la OCDE en 1996, en general la estructura normal de un impuesto incluye la tasa o tarifa; las normas contables; las deducciones; las facilidades administrativas; así como las disposiciones relacionadas con obligaciones fiscales internacionales, entre otras.

A lo anterior, es de mencionar que en Brasil, el concepto utilizado de 1988 a 2003 era “beneficio tributario” como sinónimo de “gasto tributario”. Con ese léxico, la Secretaría de Ingresos Federales elaboraba el Demostrativo de los Beneficios Tributarios, referente a los tributos federales.¹⁹⁵

Para mejorar la noción empleada y para promover una mayor uniformidad con la terminología adoptada en otros países, a partir del 2004 se sustituyó la expresión “beneficio tributario” por “gasto tributario”. Para ello, se consideraron los siguientes criterios:¹⁹⁶

- Son gastos indirectos del gobierno realizados por intermedio del sistema tributario procurando atender objetivos económicos y sociales;
- Esos gastos son explicitados en la norma que hace referencia al tributo, constituyéndose en una excepción al sistema tributario de la referencia, reduciendo la recaudación potencial y, consecuentemente, aumentando la disponibilidad económica del contribuyente; y
- El gasto tributario tiene carácter compensatorio, cuando el gobierno no satisface adecuadamente los servicios públicos de su responsabilidad; o tienen el carácter de incentivos, cuando el gobierno tiene la intención de desarrollar un determinado sector económico o región.¹⁹⁷

En complemento de los criterios enumerados, se comenzaron a utilizar los siguientes pasos para identificar al gasto fiscal en el conjunto de desgravaciones fiscales en el sistema tributario:¹⁹⁸

- Determinar todos los recortes de impuestos, tomando como base el sistema tributario de referencia; y

¹⁹⁵ Como ejemplo, se cita la deducción de la base del cálculo del Impuesto sobre la renta de las Personas Físicas relativa a los dependientes, especialmente los hijos. Durante algunos años esa exoneración fue clasificada como un Gasto Tributario. Sin embargo, después de la revisión conceptual, dejó de figurar en esa clasificación debido al hecho de que se encuadraba más como elemento de promoción de la equidad tributaria y la progresividad del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En Brasil, tampoco existe un programa gubernamental asociado, como, por ejemplo, el estímulo a la natalidad. *Ibid.*

¹⁹⁶ *Idem.*, p. 6.

¹⁹⁷ Los gastos tributarios constituyen una excepción al sistema fiscal, lo que reduce el potencial de ingresos y, en consecuencia, aumenta la disponibilidad económica del contribuyente.

¹⁹⁸ *Vid.*, CARVALHO, Raimundo Eloi de, *Op. Cit.*, p. 6.

- Evaluar, utilizando los criterios definidos en el concepto anterior, cuáles son las exoneraciones que pueden ser reemplazadas por los gastos directos, vinculados a los programas de gobierno. La identificación de las exoneraciones que constituyen gastos tributarios tiene por base la misma legislación tributaria. De esta forma, las exoneraciones que resultan de reglas tributarias generales aplicadas a los contribuyentes, sin distinción, y de reglas que aproximan el Sistema Tributario a los principios constitucionales de tributación, son consideradas integrantes del mismo y, por lo tanto, **no constituyen gastos tributarios**.

Así, en Brasil, a partir del 2004, cuando se sustituyó el término “beneficio tributario” por “gasto tributario”, se estimaron gastos tributarios los factibles de ser sustituidos por gastos directos vinculados a programas del gobierno.

En ese contexto, desde el informe de 2004, los gastos tributarios son gastos indirectos del gobierno realizados por intermedio del sistema tributario buscando atender objetivos económicos y sociales.¹⁹⁹

Así en el Demostrativo de los Gastos Tributarios 2010:

- Se alude a las características que deben considerarse como una parte integral de la norma tributaria, a saber: equidad, proporcionalidad y neutralidad;
- Se señala que el cambio que promueve una aproximación de las normas fiscales con esas características, se debe considerar como parte de su estructura tributaria propia; y
- Se indica que toda medida que promueva desviaciones de esas características se consideraría como un gasto fiscal. Y se agrega que para simplificar el procedimiento de determinar qué son gastos tributarios, los países tratan de definir de alguna manera lo que viene a ser una estructura tributaria de referencia, porque a partir de este marco de referencia es que las desviaciones fiscales se identifican.

Por lo demás, ese Demostrativo de los Gastos Tributarios 2010 especifica que los dos pasos para la identificación de los gastos fiscales se pueden resumir de la siguiente manera:

¹⁹⁹ Los gastos tributarios son explicitados en la norma fiscal, constituyendo una excepción al sistema tributario de referencia, reduciendo la recaudación potencial y, consecuentemente, aumentando la disponibilidad económica del contribuyente. Con la adopción del concepto de gastos tributarios en Brasil, a partir del 2004, se excluyen, por ejemplo: zonas francas, material promocional, y enajenación de bienes de pequeño valor. Los conceptos que comenzaron a incluirse fueron, por ejemplo: entidades sin fines de lucro, gastos operacionales del IRPJ (como FAPI, PAIT, asistencia médica y odontológica e investigación científica) y automóviles para personas discapacitadas. Vid., JIMÉNEZ, Juan Pablo y PODESTÁ, Andrea, Op. Cit., p. 38.

1.Determinar todos los recortes de impuestos, tomando como referencia base del sistema fiscal de referencia; y

2.Evaluar, mediante un conjunto de criterios, cuáles son los gastos indirectos que es probable que sean sustituidos por los gastos directos vinculados a programas de gobierno.²⁰⁰

Finalmente, es de añadir que no se estima el gasto tributario en Brasil al impuesto sobre la circulación de mercaderías y servicios (ICMS), por ser un impuesto recaudado por los Estados, a diferencia de los demás países donde se incluye el IVA en todas las estimaciones.²⁰¹

III.4 Formas

Los gastos fiscales pueden presentar diversas formas, por ejemplo: exenciones, deducciones, tasas reducidas, diferimientos, créditos fiscales o tratamientos diferenciales.²⁰²

Según la OCDE, en estudios de 2004 y de 2008, los gastos fiscales pueden tomar una serie de formas diferentes:²⁰³

- Exenciones (exemptions): importes excluidos de las bases imponibles;
- Deducciones (allowances): cantidades que se permite deducir de la base imponible;
- Créditos (credits): cantidades que se permite rebajar de los impuestos;
- Tasa reducidas (rate relief): un tipo reducido del impuesto aplicado a una clase de contribuyente o sujeto pasivo u operaciones; y
- Aplazamiento de impuestos (tax deferral): un beneficio que toma la forma de un retraso en el pago de impuestos.

Para Luiz, Villela , Andrea Lemgruber y Michael Jorratt, desde el punto de vista de la técnica tributaria, los gastos tributarios toman formas como las siguientes:²⁰⁴

²⁰⁰Vid., el Demonstrativo dos Gastos Tributários 2010, Ministério da Fazenda, Brasília, Brasil, agosto de 2009, pp. 6 a 13.

²⁰¹Vid., JIMÉNEZ, Juan Pablo y PODESTÁ, Andrea, Op. Cit., p. 27.

²⁰²En algunos casos, los gastos fiscales suelen tomar la forma de facilidades administrativas o incluso de impuestos negativos.

²⁰³Vid., KRAAN, Dirk-Jan, Op. Cit., p. 11. Asimismo, Vid., ANDERSON, Barry, Op. Cit., p. 4.

²⁰⁴Vid., VILLELA, Luiz, LEMGRUBER, Andrea y JORRATT, Michael, Op. Cit., p. 6.

- Exenciones: Ingresos o transacciones que se excluyen de las bases imponibles. En las normas legales se las encuentra bajo distintas denominaciones, como “exenciones”, “exoneraciones”, “hechos no gravados”, etc.;
- Deducciones: Cantidades que se permite rebajar de las bases imponibles;
- Créditos: Cantidades que se permite rebajar de los impuestos;
- Tasas reducidas: Alícuotas de impuestos inferiores a las de aplicación general; y
- Diferimientos: Postergación o rezago en el pago de un impuesto.

Juan Pablo Jiménez y Andrea Podestá piensan que los gastos tributarios pueden tomar las formas de:²⁰⁵

- Exoneraciones temporales de impuestos (tax holidays) y reducción de tasas;
- Incentivos a la inversión (depreciación acelerada, deducción parcial, créditos fiscales, diferimiento impositivo);
- Zonas especiales con tratamiento tributario privilegiado (derechos de importación, impuesto a la renta, impuesto al valor agregado); e
- Incentivos al empleo (rebajas en impuestos por la contratación de mano de obra).

²⁰⁵ Juan Pablo Jiménez y Andrea Podestá consideran que:

- Si bien los tres primeros tipos de incentivos tributarios buscan generar un impacto positivo sobre la inversión, pueden afectar el logro de los otros objetivos;
- Las exoneraciones temporales de impuestos constituyen una de las formas más comunes de incentivos fiscales a la inversión, donde se exime a las firmas nuevas del pago del impuesto a la renta durante un período determinado. Sin embargo, dado que generalmente las empresas nuevas no producen utilidades en los primeros años, si no se permite arrastrar las pérdidas incurridas durante el período de la exoneración hacia ejercicios futuros, este incentivo puede ser de escasa utilidad;
- Otra modalidad muy usada por los países como incentivo para las inversiones, son las tasas reducidas del impuesto sobre la renta de las empresas; y
- La mayor parte de los beneficios que otorgan los países en desarrollo se refieren a exenciones de impuestos, de derechos de importación, permisos para invertir utilidades y alícuotas diferenciadas de impuestos.

Dichos autores explican que Keen y Simone (2004) analizan el avance de los distintos tipos de incentivos tributarios en una muestra de cuarenta países en desarrollo, donde comparan las normas vigentes a comienzos de la década de los noventa respecto de los incentivos existentes en los años 2000-2001. De ese análisis surge que tanto las exenciones y tasas diferenciadas del impuesto a la renta como los beneficios a exportadores y la implementación de zonas francas han crecido considerablemente en el período de diez años. Estas últimas experimentaron el incremento más dinámico, dado que a comienzos de los noventa sólo el 18% de los países en desarrollo de la muestra contaban con este tipo de estímulo, mientras que a comienzos de la década posterior esta participación sube al 45%. Vid., JIMÉNEZ, Juan Pablo y PODESTÁ, Andrea, Op. Cit., pp. 17 y 18.

Juan Pablo Jiménez y Andrea Podestá dicen que los países latinoamericanos han utilizado preferentemente exenciones tributarias, a diferencia de los países desarrollados que han recurrido, principalmente, a subsidios o a préstamos subsidiados. También opinan que si bien en su origen, esos incentivos tenían como objeto fomentar la inversión, y la inversión extranjera directa en particular, e incluían fundamentalmente el impuesto a la renta sobre las sociedades, con el transcurrir del tiempo los objetivos se fueron diversificando, ampliándose las exenciones hacia nuevos gravámenes.²⁰⁶

Es de considerar que los gastos fiscales incluyen, en principio, todas aquellas exenciones, reducciones y desgravaciones, que se desvían de la “estructura normal” de cualquier gravamen, constituyendo un régimen impositivo favorable para cierto tipo de ingresos o sectores de actividad y que tienen objetivos extra-fiscales o de política económica.

En sentido amplio, los gastos fiscales pueden tomar la forma de la aplicación de tasas diferenciales, el otorgamiento de créditos fiscales y de deducciones más favorables, así como esquemas que permiten el diferimiento del pago de los impuestos o que otorgan alguna facilidad administrativa.

Por lo demás, considerando que los gastos fiscales derivan de la aplicación de tratamientos que se desvían de la estructura normal de cada uno de los impuestos, su determinación implica identificar dichos tratamientos.

Por lo que hace a Brasil, destacan algunas modalidades de beneficios cuya información consta en campos específicos de la declaración de las empresas en general, a saber:²⁰⁷

- Exenciones y reducciones del debido impuesto sobre la renta, de las empresas que se instalen en las regiones norte y nordeste del país con proyectos enmarcados en sectores de la economía que son prioritarios para el desarrollo de esas regiones;
- Deducciones de la base de cálculo del impuesto sobre la renta, de los gastos de subvención, realizados por las empresas, en los Programas de Alimentación del Trabajador, previamente aprobados por el Ministerio de Trabajo;
- Deducciones del debido impuesto sobre la renta, de partes de las donaciones y patrocinios a favor de programas de apoyo a las actividades culturales y audiovisuales;

²⁰⁶ Los países en desarrollo, a diferencia de los de la OCDE, han utilizado preferentemente exenciones tributarias y tasas diferenciadas de impuestos como política de promoción de inversiones. Ídem., p. 23.

²⁰⁷ Vid., CARVALHO, Raimundo Eloi de, Op. Cit., pp. 7 y 8.

- Deducción del debido impuesto sobre la renta, de donaciones efectuadas al Fondo de Amparo al Niño y al Adolescente;
- Deducciones de la base de cálculo del impuesto sobre la renta de gastos efectuados en actividades de investigación y desarrollo tecnológico industrial o agropecuario;
- Deducciones de la base de cálculo del impuesto sobre la renta de donaciones efectuadas a las instituciones de enseñanza e investigación;
- Deducción de la base de cálculo del impuesto sobre la renta, de gastos realizados por las empresas, tales como servicios de asistencia médica, odontológica, farmacéutica y social, destinados a empleados y dirigentes; y
- Ventas tributadas con alícuota cero por el PIS y por la COFINS, como por ejemplo, la venta de libros, papel, insumos agropecuarios, etc.

En Brasil los diferimientos en el pago de impuestos no se incluyen como gastos tributarios, porque se considera que no constituyen una pérdida definitiva de recaudación; sólo existe una postergación en el pago del tributo por lo que no se cumple con la condición de reducción de la recaudación potencial y aumento de la disponibilidad económica del contribuyente explicitada en la definición de gasto tributario.²⁰⁸

La alícuotas diferenciales en los tributos selectivos (como el impuesto sobre productos industrializados) o regulatorios (impuesto sobre importaciones) tampoco se consideran, dado que forman parte de la norma tributaria; es decir, no constituyen una excepción al sistema tributario de referencia.²⁰⁹

De la misma forma, la exención del impuesto sobre importaciones y del impuesto sobre productos industrializados para bienes de informática adquiridos por el Tribunal Superior Electoral y destinados a la recolección electrónica de votos, no se consideran gastos tributarios porque el gobierno es el propio beneficiario.²¹⁰

A lo anterior, es de añadir que en Brasil existen beneficios tributarios para los siguientes segmentos: industria, comercio mayorista y servicio de producción cultural. Los incentivos a la industria objetivan la generación del empleo y renta en el Estado, a partir de la operación del emprendimiento, fundamentada en inversiones realizadas por el emprendedor beneficiario del incentivo. Al comercio

²⁰⁸Vid., JIMÉNEZ, Juan Pablo y PODESTÁ, Andrea, Op. Cit., p. 38.

²⁰⁹Ibid.

²¹⁰Ibid.

mayorista son concedidos dos tipos de incentivos: en la importación de mercancías del exterior, aplazamiento del pago del ICMS para la salida subsiguiente de la mercancía y “crédito presunto” de hasta un 35% del valor del impuesto incidente.²¹¹

Finalmente, es de señalar que Brasil, por ejemplo, ha adoptado un régimen tributario especial para la adquisición de máquinas y equipos utilizados en obras de infraestructura.

III.5 Objetivos (finalidades o propósitos)

Distintas razones pueden explicar por qué los países han utilizado gastos tributarios.

Para Luiz Villela, Andrea Lemgruber y Michael Jorratt, el propósito de los gastos tributarios es favorecer o estimular a determinados sectores, actividades, regiones o agentes de la economía.

Tales autores juzgan que, idealmente, los gastos fiscales deberían perseguir en esencia cuatro objetivos:²¹²

- Mejorar la progresividad del sistema tributario;
- Otorgar mayor eficiencia a la estructura tributaria;
- Estimular el consumo de bienes estimados “meritorios”; e
- Incentivar la inversión en ciertos sectores o regiones.

Asimismo, los citados autores reflexionan que es preciso hacer hincapié en que esos cuatro objetivos responden a ideales o, dicho de otro modo, son las finalidades que se deberían perseguir para que tenga sentido, al menos, evaluar la conveniencia de implementar un gasto tributario. Sin embargo, no se debe perder de vista que muchas veces los gastos tributarios se instauran en atención a propósitos bastante menos meritorios que los anteriores. Por ejemplo, con frecuencia son creados para responder a las presiones ejercidas por ciertos grupos corporativos, para proteger a industrias nacionales no competitivas o para dar señales a determinados grupos de interés.²¹³

²¹¹Derivado de la expansión del comercio mayorista, se busca el aumento de la recaudación. Vid., GUI-MARÃES NETO, Leonardo, et al, Op. Cit., pp. 10 y 11.

²¹²Algunos tratamientos especiales se basan en la complejidad que a veces presenta la aplicación de la normativa general, o en la obligatoriedad que se impone a los contribuyentes de realizar determinados actos o consumos, aunque es menor el consenso acerca de si ese tipo de desvío de la norma debe ser considerado gasto tributario. Vid., VILLELA, Luiz, LEMGRUBER, Andrea y JORRATT, Michael, Op. Cit., p. 2.

²¹³Idem., p. 9.

Al respecto, enseñan que:²¹⁴

- En lo que se refiere a mejorar la progresividad del sistema tributario, en ocasiones los gastos tributarios persiguen reducir la tributación de los sectores de menores ingresos. En general, este tipo de tratamientos especiales se aplica en tributos como el IVA, a través de exenciones en aquellos bienes cuyo consumo representa una fracción mayor de la capacidad contributiva de las personas de bajos ingresos que de las personas de ingresos elevados. Tal es el caso de los alimentos de la canasta básica de consumo o del transporte colectivo de pasajeros;

- En lo tocante a otorgar mayor eficiencia a la estructura tributaria, en esta categoría están encuadrados aquellos gastos tributarios del impuesto sobre la renta que buscan reducir las distorsiones propias de éste, relacionadas principalmente con los desincentivos que provoca sobre la inversión y el ahorro. En relación con el impuesto a las empresas, los gastos tributarios de eficiencia persiguen reducir la tasa marginal efectiva de tributación, para estimular una mayor inversión en sectores específicos o bien en general. En este ámbito se hallan, entre otros, las moratorias fiscales (tax holidays), que eximen a ciertas empresas del pago del impuesto, generalmente por un período determinado; los esquemas de depreciación acelerada, que permiten trasladar las inversiones a gastos en un período inferior a la vida económica útil de los activos; la reducción de las tasas impositivas sobre las utilidades devengadas o, en algunos casos, sobre las utilidades reinvertidas, y los créditos tributarios a la inversión. En el caso de los impuestos sobre las rentas personales, estos incentivos frecuentemente apuntan a estimular el ahorro, a través de mecanismos tales como la deducción de la base imponible de los montos ahorrados en determinados instrumentos financieros; la exención de los intereses financieros y otras rentas de capitales mobiliarios; la aplicación de tasas reducidas sobre algunas rentas financieras, o la aplicación de créditos proporcionales al ahorro neto efectuado en el período tributario;

- En lo concerniente a estimular el consumo de bienes “meritorios”. En algunas ocasiones, los gastos tributarios procuran incentivar el consumo de determinados bienes o servicios. Tal es el caso de los gastos tributarios que benefician a la educación, la salud, la vivienda, las actividades deportivas, la industria editorial o las actividades culturales. Generalmente, estas exenciones o tasas reducidas aumentan la regresividad del IVA, por cuanto se trata de bienes y servicios que son consumidos preferentemente por los hogares de mayores ingresos. Estos tratamientos preferenciales también se aplican en el impuesto sobre la renta; y

²¹⁴Idem., pp. 7 a 9.

• En lo que respecta a promover el desarrollo regional o sectorial, en países en desarrollo, se lleva a cabo el otorgamiento de incentivos para atraer inversión extranjera directa o promover inversiones en ciertos sectores o regiones. Asimismo, en algunos países se otorgan incentivos fiscales a la inversión en determinados sectores, considerados estratégicos para el desarrollo. Estos incentivos son un instrumento de política industrial; es decir, procuran el desarrollo de determinadas actividades. Este es el clásico argumento para la protección de las industrias nacientes (*infant industry*).

Otros expertos son Juan Pablo Jiménez y Andrea Podestá, quienes explican que entre las finalidades habituales que suelen perseguirse con los gastos fiscales se encuentran:

- El aumento de la inversión;
- El desarrollo de regiones atrasadas;
- La promoción de exportaciones;
- La industrialización;
- La generación de empleo;
- El cuidado del medio ambiente;
- La transferencia de tecnología;
- La diversificación de la estructura económica; y
- La formación de capital humano.

Dicen que es importante que tales objetivos sean explícitos de manera tal que se pueda medir su efectividad en términos de costos para el resto de la sociedad.²¹⁵

Por su parte, Juan Carlos Gómez Sabaini señala que los beneficios fiscales fueron parte central de la estrategia de desarrollo de muchos países en la década del '50 y comienzos de los '60,²¹⁶ y resulta difícil desvincular la importancia que han tenido en los cambios ocurridos en el grado de apertura comercial de los países, ya que en muchos de ellos, o bien formaron parte del andamiaje cuyo objetivo era estimular la entrada de inversión extranjera directa (fortalecer el proceso de sustitución de importaciones), o estuvieron destinados a construir una salida exportadora a través de las zonas francas.²¹⁷

²¹⁵ Vid., JIMÉNEZ, Juan Pablo y PODESTÁ, Andrea, Op. Cit., p. 16.

²¹⁶ Mientras que la mayor parte de los beneficios que otorgan los países en desarrollo se refieren a exenciones tributarias, los países de la OCDE utilizan principalmente préstamos subsidiados. Vid., GÓMEZ SABAINI, Juan Carlos, *Evolución y situación tributaria actual en América Latina: una serie de temas para la discusión*, Informe elaborado a solicitud de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en septiembre 2005, publicado en Cetrángolo y Gómez Sabaini, "Tributación en América Latina. En busca de una nueva agenda de reformas", CEPAL, Santiago de Chile, 2006, p. 50.

²¹⁷ Para Sabaini, lo que no resulta tan claro son los resultados logrados con los gastos fiscales, ya sea por la ausencia de análisis específicos, o por las dificultades de información, y posiblemente la falta de interés en conocer los actores de esos procesos. *Ibid.*

En sentido semejante, Juan Pablo Jiménez y Andrea Podestá expresan que los beneficios tributarios, en su origen, tenían como objetivo fomentar la inversión y se relacionaron con el proceso de sustitución de importaciones. Con el transcurrir del tiempo, fueron diversificando sus objetivos en la medida que ampliaron las exenciones sobre otros gravámenes. En las últimas décadas, han cobrado especial auge aquellas exenciones impositivas delimitadas en zonas con tratamiento tributario privilegiado llamadas comúnmente “zonas francas”.²¹⁸

Juan Pablo Jiménez y Andrea Podestá también señalan que los gastos tributarios han sido utilizados preferentemente como política de promoción de inversiones en Brasil y en otros países latinoamericanos y del Caribe. Eso porque los gastos tributarios tienden a reducir el costo del capital y buscan aumentar la inversión privada, aliviando las restricciones de liquidez que enfrentan las empresas, incrementando sus flujos de caja.²¹⁹ Igualmente, indican que los instrumentos fiscales utilizados en Brasil han incluido principalmente exoneraciones en el pago del impuesto sobre la renta y en la importación libre de gravámenes.²²⁰

A lo anterior, es de añadir que en Brasil, el Demonstrativo dos Gastos Tributários 2010 señala que los gastos tributarios, en el sentido más amplio, puede servir para varias propósitos. Por ejemplo:

- Simplificar y / o reducir los costes de administración;
- Promover la equidad;
- Corregir las desviaciones;
- Compensar los gastos efectuados por los contribuyentes con los servicios no cubiertos por el gobierno;
- Acciones adicionales para compensar las funciones típicas de las agencias estatales civiles;
- Promover la igualdad de ingresos entre las regiones; y
- Alentar a cierto sector de la economía.²²¹

²¹⁸ Entre los objetivos que suelen perseguir los gobiernos a través del establecimiento de zonas francas se encuentran la promoción y diversificación de las exportaciones; la adquisición de divisas; la atracción de inversión extranjera; la generación de empleo; y el desarrollo económico de regiones apartadas o de menor desarrollo relativo. Vid., PABLO JIMÉNEZ, Juan y PODESTÁ, Andrea, Op. Cit. p. 19.

²¹⁹ Idem., pp. 12 y 13.

²²⁰ Juan Pablo Jiménez y Andrea Podestá indican que como consecuencia de la crisis económica global desencadenada a mediados del 2008, como fomento a la inversión, se encuentran medidas, tanto por el lado del gasto público –como la implementación de programas de inversión en infraestructura– como por el lado del sistema tributario–, como la rebaja de la tasa nominal del impuesto sobre la renta, la exoneración o disminución de impuestos para nuevas inversiones, la reducción de impuestos a la banca privada y estímulos fiscales para la colocación de créditos productivos. Dichos autores hacen ver que debe tenerse en cuenta que la exención del impuesto sobre la renta se ha vuelto inviable de acuerdo a las nuevas reglas de la Organización Mundial de Comercio (OMC) que prohíbe expresamente estas exoneraciones a partir del 2010. Idem., p. 20.

²²¹ En el caso de los incisos d, e, f, “g”, el alivio tributario será una alternativa a las acciones de las políticas gubernamentales, acciones con objetivos de promoción del desarrollo económico y social, no en el presupuesto, sino a través del sistema fiscal. Vid., el Demonstrativo dos Gastos Tributários 2010, Ministério da Fazenda, Brasília, Brasil, agosto de 2009, pp. 6 a 13.

Finalmente, es de apuntar que dicho Demonstrativo dos Gastos Tributários 2010, deja ver que en el análisis de los informes realizados por los países miembros de la OCDE, se observan algunas similitudes en la identificación de los gastos fiscales:

- Los recortes fiscales en cuestión deben tener objetivos similares a los del gasto público; y
- Esas reducciones arancelarias se presentan como una desviación de "los patrones normales de los impuestos".

III. 6 Medición

La medición de los gastos fiscales contribuye a la evaluación del sistema tributario, así como a reconocer las áreas que pudieran dar origen a la evasión y elusión fiscales. Asimismo, permite conocer las características de cada uno de los impuestos y los espacios en los que se puede recuperar el potencial recaudatorio y la eficiencia de los distintos gravámenes.

Al respecto, los métodos más utilizados para la estimación de los gastos fiscales, en opinión de Alejandro Castillo Morales, son los siguientes:²²²

- El método de pérdida de ingresos, el cual estima el ingreso que se deja de percibir debido a un beneficio fiscal preferencial;²²³
- El método de gasto equivalente, que calcula cuál sería el gasto equivalente de intercambiar el tratamiento fiscal preferencial por un programa de gasto directo; es decir, el gasto necesario para que un programa de apoyos directos produjera el mismo resultado que el tratamiento fiscal preferencial, independientemente del costo recaudatorio "real" del tratamiento preferencial; y
- El método de ganancia de ingresos, el cual estima el incremento en ingresos que se podría esperar si un gasto fiscal fuera eliminado.²²⁴

²²² Vid., CASTILLO MORALES, Alejandro, El Presupuesto de Gastos Fiscales y los regímenes de excepción. Obra monográfica que puede ser consultada en la siguiente página de Internet http://www.diputados-prd.mx/debate_parlamentario/articulos/LXI_2010_01_6.pdf.

²²³ En opinión de los citados autores, aun cuando con este método sólo se obtienen aproximaciones, debido a que no consideran las variaciones en la conducta de los contribuyentes por la eliminación de los tratos diferenciales, es el método más sencillo y por lo tanto el más utilizado.

²²⁴ Los citados autores muestran que una de las características importantes de este método es que considera los posibles cambios en la conducta de los contribuyentes, así como los efectos secundarios ocasionados por la medida. Dado que estos cambios son difíciles de estimar, la utilidad práctica de este método es limitada.

Por su parte, Juan Pablo Jiménez y Andrea Podestá consideran que:²²⁵

- Es difícil cuantificar el costo de los gastos fiscales, ya que uno de los principales problemas para esa medición deriva de establecer qué es lo que forma parte de la estructura del tributo (“marco de referencia”, benchmark). Ello porque lo más habitual es tomar como punto de referencia la estructura establecida por la propia ley del impuesto, considerando como gastos tributarios a aquellos que se apartan de lo establecido con carácter general en la legislación tributaria.²²⁶

- En países latinoamericanos, una diferencia importante de metodologías utilizadas para medir los gastos fiscales se refiere a la determinación del marco de referencia de cada tributo. Si bien la mayoría de esos países se basa en la legislación tributaria para la determinación del marco de referencia, se encuentran diferentes criterios en cuanto a la consideración de algunos beneficios tributarios. Así, por ejemplo, hay países que consideran ciertas deducciones del impuesto a la renta dentro de la norma básica dado su carácter general mientras que otros las definen como beneficios destinados a ciertos grupos particulares por lo que forman parte de los gastos tributarios. Otra diferencia que se puede mencionar es la inclusión de los diferimientos impositivos y de la amortización acelerada como gasto tributario en algunos de los casos analizados. La consideración o no de estos conceptos tiene relación con el enfoque de corto o largo plazo adoptado por el país en la medición de los gastos tributarios. En un enfoque de largo plazo, estos conceptos no se incluyen como gastos tributarios dado que sólo se considerarían aquellos casos que implican una pérdida definitiva de recaudación. En general, Brasil sigue un enfoque de largo plazo en sus estimaciones, a diferencia de México cuyo enfoque es de corto plazo.

- Un aspecto a considerar, en la metodología para estimar los gastos tributarios, es distinguir los siguientes enfoques: ex post, ex ante y gasto equivalente. El primero, estima la recaudación que el fisco deja de percibir suponiendo que los contribuyentes no cambiarán su comportamiento con la derogación del beneficio tributario. El segundo, estima la ganancia de recaudación que implicaría para el fisco la eliminación del tratamiento preferencial, por lo que considera algún supuesto acerca del cambio de comportamiento de los beneficiarios. La tercera visión, mide el costo de proveer el mismo beneficio monetario que otorga el gasto tributario a través de un gasto directo. Los países latinoamericanos tienden a utilizar el método ex-post de renuncia fiscal con algunas adaptaciones. Brasil y México aplican el método ex-post. Pero México, a diferencia de Brasil no sigue un enfoque de largo plazo, por lo que las estimaciones incluyen los diferimientos de las obligaciones fiscales.

²²⁵Vid., PABLO JIMÉNEZ, Juan y PODESTÁ, Andrea, Op. Cit. pp. 23 a 32.

²²⁶Otra posibilidad, es tomar como “marco de referencia” una base bien amplia del impuesto, por lo que cualquier exclusión de esa base daría lugar a un gasto tributario. Ibíd.

- Las diferencias en el cálculo de los gastos fiscales son menores en cuanto a la periodicidad de los informes y la cobertura que emplean los países latinoamericanos, ya que la mayoría son de carácter anual y cubren el ámbito del gobierno central. No obstante, la cobertura de gobierno central representa una importante limitación en países federales como Brasil, dado que se dejan fuera los gastos tributarios originados en impuestos provinciales, estatales o municipales;

- Habitualmente, las estimaciones de los gastos tributarios son incluidas en el mensaje anual que acompaña al presupuesto o son anexadas al mismo, aunque tienen un carácter meramente informativo;

- Además de ofrecer información acerca del tipo de tributo afectado, la mayoría de los países latinoamericanos suelen especificar la modalidad de renuncia fiscal (exenciones, deducciones, tasas diferenciadas, etc.), así como el sector que se beneficia y/o el objetivo que se persigue. En el caso de Brasil se detallan las regiones beneficiadas por este tipo de incentivos;

- En Brasil, no obstante que la Ley de Responsabilidad Fiscal extiende la obligación de estimación de gastos tributarios a Estados y Municipios, aún no se cuenta con esta información;

- Entre los impuestos incluidos en la estimación de gastos tributarios de Brasil se encuentran la contribución para el financiamiento de la Seguridad Social (COFINS) y la contribución social sobre el lucro líquido que se destinan al financiamiento de la seguridad social. Sin embargo, dado que la primera grava los ingresos brutos de personas jurídicas y la segunda grava el lucro de personas jurídicas en base a las mismas disposiciones del impuesto de renta, no pueden considerarse como contribuciones sociales;

- La OCDE (2004) expone ciertas recomendaciones para la cuantificación de los gastos tributarios en relación a la determinación del marco de referencia del tributo y al método de estimación. Además postula que todos los gastos tributarios deben ser considerados y recomienda hacerlo estimando la recaudación perdida;

- La magnitud de los gastos tributarios presentados por los países, que más allá de las diferencias metodológicas en su cálculo, resultan significativos, lleva a preguntarse respecto a los efectos producidos por estos regímenes de incentivos;

- Las diversas metodologías aplicadas en cada caso -tributos incluidos, cobertura, tipos de gastos tributarios, enfoques de estimación- hacen que la comparación entre países no resulte apropiada o carezca de sentido. Para que esta comparación sea posible, resulta necesario avanzar en definiciones y metodologías homogéneas;

- Es importante que aquellos países con estructuras más descentralizadas o con un régimen federal de gobierno, como Brasil y México, realicen un esfuerzo por ampliar la cobertura de las estimaciones de gastos tributarios hacia niveles subnacionales de gobierno. Esto es de particular importancia en el caso de Brasil, donde la recaudación del impuesto de circulación de mercaderías y servicios es de carácter estadual;

- Los países han avanzado con dificultades en las cuantificaciones fiscales de los incentivos impositivos a través de los gastos tributarios;

- Dotar de mayor transparencia a la política fiscal y en la medida que se cuente con una mayor desagregación de la información de gastos tributarios, ya sea por tributo, sector de actividad, regiones de destino y deciles de ingresos, será posible identificar los beneficiarios de estas políticas y sus posibles efectos económicos, regionales y distributivos. Ello permitirá evaluar si los fiscales son más o menos efectivos para la consecución de los objetivos de política que el uso de otros instrumentos como son los subsidios y los gastos directos; y

- Resulta importante que los informes de gastos tributarios integren la documentación del presupuesto que cada año se envía al Congreso, que puedan ser comparados con los gastos directos y sometidos al mismo proceso de evaluación, revisión y control.

En particular, por lo que hace a Brasil, Raimundo Eloi de Carvalho, destaca que el cálculo del gasto tributario se hace por tributo, y separadamente para cada ítem de beneficio. Por esa razón, no existe una metodología única que pueda ser aplicada, teniendo en cuenta que las diversas modalidades de beneficios tienen sus propias características. Por consiguiente, como regla general, la preparación para la aplicación del método obedece a la siguiente guía:²²⁷

- Se elabora una lista, por tributo, con cada modalidad de beneficio, que de acuerdo con el concepto que se emplee, generará un gasto tributario;
- Se elige la fuente de información más adecuada para ese determinado ítem;
- Se extrae la información necesaria para el caso específico; y
- Se efectúa el cálculo.

Dicho autor señala que, en síntesis, se adoptan las siguientes premisas en la elaboración del cálculo para la estimación del gasto tributario:

- No se consideran los efectos del cambio en el comportamiento de los contribuyentes en razón de la concesión del beneficio, presumiéndose que las

²²⁷Vid., CARVALHO, Raimundo Eloi de, Op. Cit., p. 7.

actividades serían desarrolladas, en el mismo nivel, si fuesen sometidas a la tributación normal; y

- No son computados los posibles efectos indirectos, causados por la concesión del beneficio, en la recaudación de otros tributos. Así, en razón de esas premisas, siendo suprimidos los beneficios tributarios, el aumento de la recaudación no ocurriría al mismo nivel de los valores calculados para el gasto tributario. Para eso, serían necesarios ajustes incorporando efectos de suposiciones acerca del cambio de comportamiento de los contribuyentes ante la nueva situación sin beneficio.²²⁸

A la par, resalta el hecho de que las fuentes de información con datos efectivos, que sirven de base para la elaboración de las proyecciones, tienen un desfase de cerca de dos años. Por consiguiente, las proyecciones para el 2010 fueron elaboradas con base en los datos efectivos del 2008.

Además, juzga que:²²⁹

- En Brasil, al contrario de la significativa evolución en la cuantificación del valor referente al gasto Tributario, el análisis de sus efectos en los sectores económicos o regiones geográficas donde fue introducido, aún es incipiente;

- Existen iniciativas aisladas, por parte del área académica y de algunos órganos, pero no existe una ejecución sistemática de investigaciones y evaluaciones capaces de confirmar la eficacia del beneficio fiscal en cuanto al logro de sus objetivos, especialmente en lo referente al aumento en el nivel de empleo y renta y de inducción a la inversión; y

- Hay iniciativas en curso en el sentido de integrar los gastos directos (Presupuesto Federal) e indirectos (Gastos Tributarios), como forma de dar mayor transparencia a la gestión presupuestaria.

A lo anterior, es de añadir que los gastos fiscales en Brasil constituyeron en 2007 (según cifras dadas en 2009) el 2.29 del PIB. Pero ese cálculo corresponde al Gobierno Federal, no abarca a los Estados, al Distrito Federal, ni a los Municipios.

Ello no obstante que la Ley de Responsabilidad Fiscal (Ley Complementaria N° 101, del 4 de mayo de 2000) extendió la obligación de estimar los gastos tributarios a Estados, Distrito Federal y Municipios.

²²⁸Idem., p. 9.

²²⁹Raimundo Eloi de Carvalho muestra que en Brasil, el Ministerio de Hacienda ha promovido seminarios con la participación de representantes de todos los órganos que intervienen en el proceso de medición, gestión y control de los gastos tributarios. Tales encuentros tienen por objetivo integrar los diversos actores involucrados en el proceso, discutir la metodología de cálculo y, al mismo tiempo, avanzar en el proceso de análisis. Idem., p. 14.

Así, no se estima el gasto tributario del impuesto sobre la circulación de mercaderías y servicios (ICMS), por ser un impuesto recaudado por los estados, a diferencia de países donde se incluye el IVA en las estimaciones de los gastos tributarios.²³⁰

Finalmente, es de apuntar que la comunidad internacional demanda una mayor transparencia en materia de política fiscal, particularmente en lo que hace a gastos fiscales. Así, desde 1998 el Fondo Monetario Internacional expidió su Código de Buenas Prácticas en Transparencia Fiscal, el cual ha contribuido a divulgar la problemática y llamar la atención sobre la importancia de la estimación de los gastos fiscales en varios países.²³¹

III.7. Ventajas y desventajas

Una discusión acerca de los gastos tributarios es la efectividad o no del uso de los mismos.

Ello considerando que reducen la carga tributaria de los sectores beneficiarios; generan menor recaudación; vuelven más complejos a los sistemas tributarios; incrementan los costos de cumplimiento y la evasión y elusión fiscal; afectan principios como la equidad fiscal; restan transparencia a la política fiscal; y distorsionan la asignación de recursos.²³²

De los gastos tributarios, también se debate el hecho de que los beneficiarios de los mismos sean las grandes empresas industriales.

Además, se cuestiona si tienen efectos negativos en las políticas tributaria y presupuestaria, con respecto a la transparencia de los sistemas fiscales, ya que no todos los países hacen estimativas de sus gastos tributarios, y muchos países que sí hacen esa estimativa (de Latinoamérica y el Caribe) no adoptan una metodología que permita evaluar su efectividad.²³³

²³⁰Vid., JIMÉNEZ, Juan Pablo y PODESTÁ, Andrea, Op. Cit., p. 27.

²³¹Sin embargo, especialmente en los países en desarrollo, no se cuenta con metodologías analíticas sistemáticas que permitan evaluar la dimensión de los gastos tributarios y hacer comparaciones y análisis entre países. Especialmente en América Latina —región que ha utilizado los gastos tributarios como herramienta de atracción de inversiones—, ese es un tema fundamental para conocer la práctica del otorgamiento de beneficios fiscales y sus efectos. Vid., VILLELA, Luiz, LEMGRUBER, Andrea y JORRATT, Michael, Op. Cit., p. 2.

²³²Varios autores han señalado que las políticas de gastos tributarios han sido efectivas únicamente cuando se han establecido en países con cierta estabilidad política y económica, con seguridad jurídica, que cuentan con mano de obra calificada, con un buen nivel de infraestructura y con cierta apertura comercial. La evidencia disponible para los países en desarrollo muestra que esos incentivos han tenido una influencia limitada en las decisiones de inversión de las empresas, siendo solamente más relevantes en aquellos casos en que las empresas beneficiadas se encuentren en el margen. Por otra parte, estudios realizados para los Estados Unidos de América encuentran que los impuestos tienen generalmente un pequeño efecto sobre las decisiones de inversión y contratación de mano de obra por parte de las empresas. Vid., PABLO JIMÉNEZ, Juan y PODESTÁ, Andrea, Op. Cit. p. 21.

²³³Vid., VILLELA, Luiz, LEMGRUBER, Andrea y JORRATT, Michael, Op. Cit., p. 1.

Igualmente, se dice que en muchos casos no queda claro quién se beneficia con los gastos tributarios.

Todo eso lleva al análisis de las ventajas y desventajas de los gastos fiscales, sobre todo en relación con los gastos directos.

Al respecto, Stanley S. Surrey enumera cinco desventajas de los gastos tributarios respecto de los subsidios directos cuando se trata de implementar una política pública:²³⁴

- Son regresivos por naturaleza, porque benefician a quienes pagan impuestos. Los más pobres no están incluidos y, por ende, no se benefician de los gastos tributarios. No obstante, si se tiene en cuenta que en el IVA y otros impuestos sobre el consumo la aplicación de franquicias puede contribuir a mejorar la progresividad del sistema tributario, tal afirmación adquiere un matiz distinto;

- Generan ganancias inesperadas, porque, en muchos casos, los gastos tributarios crean estímulos para que las personas hagan aquello que de todas formas habrían hecho, por lo cual el estímulo se transforma finalmente en una concesión innecesaria para el beneficiario. Es decir, para incentivar a uno se asume el costo de varios;

- Son más difíciles de administrar y controlar, porque las administraciones tributarias no tienen suficiente experiencia en administrar y controlar programas de gasto público. Sin embargo, cuando se implementa un gasto tributario se ven obligadas a cumplir esta función y, dado que es más difícil controlar un sistema con muchas excepciones, ello puede dar lugar al fraude o incluso a mayores errores involuntarios;

- Distorsionan las decisiones de los mercados, en la medida en que un gasto tributario favorece a un sector específico de la economía y produce un desvío de recursos no deseado hacia el sector favorecido. Sin embargo, tal situación no constituye necesariamente una desventaja en aquellos casos en que el gasto tributario busca corregir una distorsión causada previamente por el impuesto, como ocurre con los estímulos a la inversión y el ahorro;

- Obligan a mantener elevadas las tasas, porque para recaudar una cantidad determinada se requerirán tasas más altas si una parte de la recaudación potencial se pierde por la aplicación de gastos tributarios.

²³⁴ Citado por VILLELA, Luiz, LEMGRUBER, Andrea y JORRATT, Michael, Op. Cit., p. 11.

Por contrapartida, Swift menciona las siguientes ventajas de los gastos tributarios:²³⁵

- Incentivan la participación del sector privado en programas económicos y sociales en que el gobierno juega un rol principal;
- Promueven la toma de decisiones del sector privado, y no tanto la del gobierno; y
- Reducen la necesidad de supervisión estatal de los gastos directos equivalentes. En particular, respecto de este último punto, hay que precisar que si bien la aplicación de un gasto tributario elimina la necesidad de la supervisión estatal que requiere todo gasto directo, al mismo tiempo, crea la necesidad de supervisar y controlar el correcto uso del beneficio tributario, así como los eventuales espacios para fraudes tributarios a que se pueda dar lugar. Así, se debería evaluar mejor la efectiva ventaja mencionada, ya que puede ocurrir que en muchos casos los costos de supervisión de los beneficios sean mayores que los gastos directos, especialmente si se contabilizan los abusos y fraudes asociados.

Por su parte, Tokman sugiere ocho dimensiones para contrastar el desempeño de un gasto tributario frente a un subsidio directo (como herramienta de política pública), y presenta una tabla de ventajas y desventajas:²³⁶

Dimensión	Gastos tributarios	Subsidios directos
Accesibilidad para los beneficiarios	Simple, por su automaticidad.	Más compleja, pues requiere selección.
Costos administrativos	Bajos para la franquicia, pero altos para el sistema tributario como un todo, pues lo hacen más complejo.	De nivel medio, por la necesidad de un sistema de selección y asignación.
Posibles malos usos	Espacios para la elusión, la evasión y la búsqueda de rentas.	Espacios para arbitrariedades y captura del ente asignador.
Flexibilidad	Opera con leyes permanentes, generando estabilidad pero también inercia.	Opera con presupuestos, evaluaciones y reasignaciones periódicas.
Transparencia y rendición de cuentas	Su automaticidad no considera formas de control ni rendición de cuentas.	Al ser un gasto gubernamental, debe ser aprobado por el Congreso.
Control de gastos	Gastos determinados, expost, inciertos y no acotables, que pueden generar desequilibrios fiscales.	Gasto programado y controlado, acotado a la Ley de Presupuesto.
Efectividad	No se puede asegurar adicionalidad en la acción que se desea fomentar. Se financian casos inframarginales.	Riesgo de desplazamiento del accionar privado y dificultad para asegurar adicionalidad.
Equidad	Sólo acceden quienes tributan, y más intensivamente, quienes tienen mayores ingresos.	La discrecionalidad puede facilitar un acceso más equitativo, posibilitando la focalización de beneficiarios.

²³⁵ Citado por VILLELA, Luiz, LEMGRUBER, Andrea y JORRATT, Michael, Op. Cit., p. 11.

²³⁶ Citado por VILLELA, Luiz, LEMGRUBER, Andrea y JORRATT, Michael, Op. Cit., p. 12.

Por otra parte, Luiz Villela, Andrea Lemgruber y Michael Jorratt, señalan las características que, de los gastos fiscales, deben ser tomadas en cuenta en el momento de contrastarlos con otras herramientas de política pública (ventajas y desventajas):²³⁷

- **Focalización:** Desde el punto de vista de los beneficiarios, los gastos tributarios tienen un acceso más simple que el subsidio directo, pues operan de manera relativamente automática; mientras que un programa de subsidios requiere un sistema de postulación y selección de beneficiarios. Por el contrario, desde el punto de vista del Estado, al ser automáticos, los gastos tributarios son menos focalizados, pues benefician tanto al grupo objetivo como a cualquier otro que cumpla o simule cumplir la normativa legal;

- **Inequidad horizontal:** Los gastos tributarios suelen generar inequidad en sentido horizontal, puesto que no todas las personas tienen las mismas preferencias o necesidades de consumo. Así, por ejemplo, cuando se establecen exenciones respecto del IVA, ya sea para mejorar la progresividad o para estimular el consumo de bienes meritorios, se reduce proporcionalmente más la carga tributaria de las familias que manifiestan una preferencia por los bienes que resultan exentos, en desmedro de otras familias con igual nivel de ingresos pero que privilegiaban el consumo de bienes no favorecidos;

- **Estímulos a la evasión y la elusión:** La aplicación de gastos tributarios hace más compleja la estructura tributaria, lo cual incrementa la evasión y la elusión fiscal;²³⁸ y

- **Aumento de los costos del cumplimiento tributario:** En general, cuanto mayor es el número de beneficios tributarios, mayores son los costos en tiempo y dinero que los contribuyentes deben afrontar para cumplir con sus obligaciones impositivas.²³⁹

A su vez, Luiz Villela, Andrea Lemgruber y Michael Jorratt juzgan que los gastos tributarios constituyen un instrumento adicional entre las distintas he-

²³⁷dem., p. 12.

²³⁸Slemrod resume las razones de ello en las cuatro siguientes: primero, la incertidumbre que producen dichos gastos en cuanto a la correcta interpretación de las normas legales; segundo, la merma en la capacidad de fiscalización de la administración tributaria, pues la auditoría demanda más tiempo cuanto más compleja es la normativa; tercero, la mayor dificultad que imponen a los contribuyentes para cumplir con sus obligaciones tributarias, lo cual los lleva a incumplir parte de ellas, ya sea por desconocimiento o para compensar los costos que el sistema les impone; y por último, las mayores oportunidades para manipular el sistema tributario, en vista de los mayores espacios de evasión y elusión que se abren a medida que aumenta la complejidad de la normativa tributaria. *Ibíd.*

²³⁹Esos costos no siempre recaen en los beneficiarios del incentivo. Por ejemplo, las exenciones respecto del IVA benefician a los consumidores finales, pero los mayores costos de cumplimiento derivados de los registros especiales necesarios para la contabilización de ventas exentas y créditos del IVA recaen sobre los vendedores. En cuanto al impuesto a la renta, el control de las franquicias requiere, en muchos casos, contar con información que debe ser provista por terceras personas. *Ibíd.*

ramientas de política pública de que disponen los gobiernos, tales como la acción presupuestaria directa o la acción reguladora sobre determinadas actividades. En este sentido, consideran que deberían ser sometidos permanentemente a evaluación, tanto en lo que respecta a la justificación de una intervención estatal determinada como a su eficiencia relativa (ventajas y desventajas) en comparación con los otros instrumentos disponibles.²⁴⁰

En cuanto a Brasil, sólo es de mencionar que no se ha llevado a cabo un análisis general para determinar las ventajas y desventajas de los gastos fiscales. Pero sí se han efectuado estudios acerca de la concesión de determinados beneficios fiscales, cual es el caso del Impuesto sobre la Circulación de Mercancías y la Prestación de Servicios de Transporte Interestatal y de Comunicaciones ICMS, respecto del cual se hicieron los siguientes planteamientos, en cuanto a sus ventajas y desventajas:²⁴¹

- De justificación, alegándose inexistencia de políticas de desarrollo regional por parte del Gobierno Federal;
- De justificación, bajo el argumento de que, al concederse incentivos, es aumentada la capacidad productiva de la economía, lo que, posteriormente, compensaría los ingresos perdidos con los incentivos concedidos;
- De justificación, alegándose que el Estado que no lo conceda se queda en desventaja ante los que lo hagan;
- De cuestionamiento, arguyéndose que los beneficios se generalizaron, inclusive en las regiones más industrializadas, perdiendo carácter de factor de atracción de inversiones para las regiones menos desarrolladas; y
- De cuestionamiento, pues la renuncia fiscal genera una diferencia entre el crecimiento de la demanda de recursos y el aumento de los ingresos a largo plazo.

CONCLUSIONES

1. Brasil es una República Federativa Presidencialista, formada por la Unión, 26 Estados, 1 Distrito Federal y más 5,500 Municipios, dividida en cinco macrorregiones territoriales: Norte, Nordeste; Centro-Oeste; Sudeste; y Sur.

²⁴⁰Ídem., p. 10.

²⁴¹Vid., GUIMARÃES NETO, Leonardo et al, Competición Tributaria en un país federal: El caso brasileño del IVA subnacional en el estado de Pernambuco, Artículo publicado en el número 2 (Sistema Federal) de Estudios Jurídicos y Políticos SCLC, Universidad Autónoma de Chiapas, México, 2005, p. 9.

2.En Brasil, la Constitución Federal establece las principales directrices del sistema tributario.

3.El sistema tributario brasileño tiene como característica la autonomía político-administrativa. De ahí resulta una multiplicidad de órganos con funciones típicas de administración tributaria, actuando en las esferas federal, estatal y municipal.

4.En Brasil, se encuentra elevado a rango constitucional la obligatoriedad de elaborar un Demostrativo de Gastos Fiscales, que contiene la estimación del valor de lo que se deja de recaudar en razón de la concesión de incentivos tributarios.

5.En Brasil, la obligatoriedad de la cuantificación de los gastos tributarios fue extendida a Estados, Distrito Federal y Municipios, por disposición de la Ley de Responsabilidad Fiscal. Pero, en la actualidad, sólo se rinde el Demostrativo de Gastos Tributarios que es federal.

6.La Secretaria de Ingresos Federales brasileña es la encargada de elaborar, anualmente, el Demostrativo de los Gastos Tributarios, que se anexa al proyecto de Ley Presupuestaria que el Poder Ejecutivo Federal envía al Poder Legislativo, a más tardar el último día hábil del mes de agosto del año anterior al de referencia del Presupuesto.

7. Al Poder Legislativo compete la tarea de analizar y transformar en Ley el proyecto de Ley Presupuestaria, pero no modifica los datos del Demostrativo de los Gastos Tributarios, cuya función es meramente informativa.

8.El Demostrativo de los Gastos Tributarios contiene, detalladamente y por tributo, todas las modalidades de beneficios fiscales que, conforme al concepto utilizado, generan gastos indirectos por medio del sistema tributario. Además, tiene una descripción sucinta sobre la legislación básica y el plazo de validez de cada modalidad de beneficio. En ese Demostrativo, se detallan las regiones beneficiadas por este tipo de incentivos.

9.Los resultados de las estimaciones de gastos tributarios se presentan totalizados y con la siguiente clasificación: por tributo, según modalidad y región; y por función presupuestaria, según modalidad y región.

10.La periodicidad del Demostrativo de los Gastos Tributarios es anual, abarcando los gastos fiscales en el Gobierno Central.

11.Los impuestos incluidos en ese Demostrativo son: impuesto sobre importaciones, sobre la renta (personas físicas, jurídicas y retenciones en la fuente), impuesto sobre productos industrializados (IPI), impuesto sobre las operaciones financieras (IOF), impuesto a la propiedad territorial rural, contribución social

para PIS-PASEP, contribución social sobre el lucro líquido, contribución para financiamiento de la Seguridad Social (COFINS).

12.El Demostrativo de los Gastos Tributarios 2010 de Brasil especifica los dos pasos para la identificación de los gastos fiscales: a) Determinar todos los recortes de impuestos, tomando como referencia base del sistema fiscal de referencia; y b) Evaluar, mediante un conjunto de criterios, cuáles son los gastos indirectos que es probable que sean sustituidos por los gastos directos vinculados a programas de gobierno.

13.En el Demostrativo de los Gastos Tributarios no se estima el gasto tributario del impuesto sobre la circulación de mercaderías y servicios (ICMS), por ser un impuesto recaudado por los Estados.

14.El Sistema Tributario Brasileño procura exoneraciones tributarias con el objetivo de atender propósitos como incentivar el desarrollo de sectores de la economía y la promoción de la ecualización de las rentas entre las regiones geográficas del Brasil, con la finalidad de disminuir la desigualdad existente entre ellas.

15.A partir del 2004, en Brasil, se sustituyó el término “beneficio tributario” por “gasto tributario”, y se estimaron gastos tributarios los factibles de ser sustituidos por gastos directos vinculados a programas del gobierno.

16.Los gastos tributarios pueden adoptar diversas modalidades como por ejemplo: exclusiones, exenciones, deducciones, tasas preferenciales, créditos fiscales y postergación de las obligaciones tributarias.

17.En Brasil los diferimientos en el pago de impuestos no se incluyen como gastos tributarios, porque se considera que no constituyen una pérdida definitiva de recaudación. La alícuotas diferenciales en los tributos selectivos (como el impuesto sobre productos industrializados) o regulatorios (impuesto sobre importaciones) tampoco se consideran gastos tributarios, dado que forman parte de la norma tributaria; es decir, no constituyen una excepción al sistema tributario de referencia. La exención del impuesto sobre importaciones y del impuesto sobre productos industrializados para bienes de informática adquiridos por el Tribunal Superior Electoral y destinados a la recolección electrónica de votos, no se consideran gastos tributarios porque el gobierno es el propio beneficiario.

18.Distintas razones pueden explicar por qué los países han utilizado gastos tributarios, pero en Brasil los gastos tributarios han sido utilizados preferentemente como política de promoción de inversiones.

19.Los gastos fiscales utilizados en Brasil han incluido principalmente exoneraciones en el pago del impuesto sobre la renta y en la importación libre de gravámenes.

20. En Brasil, para medición de los gastos fiscales, se aplica el método ex-post, con un enfoque de largo plazo.

21. En Brasil, al contrario de la significativa evolución en la cuantificación del valor referente al gasto tributario, el análisis de sus efectos en los sectores económicos o regiones geográficas donde fue introducido, aún es incipiente.

22. En Brasil no existe una ejecución sistemática de investigaciones y evaluaciones capaces de confirmar la eficacia del beneficio fiscal en cuanto al logro de sus objetivos.

23. En Brasil no se ha llevado a cabo un análisis general para determinar las ventajas y desventajas de los gastos fiscales. Pero sí se han efectuado estudios acerca de la concesión de determinados beneficios fiscales.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, Barry, Tax expenditures in OECD countries, 5th Annual Meeting of OECD-Asia SBO, Bangkok, January 10-11, 2008.
- CARVALHO, Raimundo Eloi de, Instrumentos y técnicas para la medición y análisis del gasto tributario. Estudio presentado dentro del evento denominado: El papel de las administraciones tributarias en la crisis mundial, organizado por el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias –CIAT, en la 44ª. ASAMBLEA GENERAL DEL CIAT-, Montevideo, Uruguay, 12 a 15 de abril de 2010.
- CASTILLO MORALES, Alejandro, El Presupuesto de Gastos Fiscales y los regímenes de excepción. Disponible en la siguiente página de Internet http://www.diputados-prd.mx/debate_parlamentario/articulos/LXI_2010_01_6.pdf (consultada en noviembre de 2010).
- GÓMEZ SABAINI, Juan Carlos, Evolución y situación tributaria actual en América Latina: una serie de temas para la discusión, Informe elaborado a solicitud de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en septiembre 2005, publicado en Cetrángolo y Gómez Sabaini, “Tributación en América Latina. En busca de una nueva agenda de reformas”, CEPAL, Santiago de Chile, 2006.
- GUIMARÃES NETO, Leonardo et al, Competición Tributaria en un país federal: El caso brasileño del IVA subnacional en el estado de Pernambuco, Artículo publicado en el número 2 (Sistema Federal) de Estudios Jurídicos y Políticos SCLC, Universidad Autónoma de Chiapas, México, 2005.
- JIMÉNEZ, Juan Pablo y PODESTÁ, Andrea, Inversión, incentivos fiscales y gastos tributarios en América Latina, Publicado en el número 77, Macroeconomía del desarrollo, SE, Santiago de Chile, marzo de 2009.
- KHAIR, Amir Anthony, Ley Responsabilidad Fiscal. Guía de orientación para los gobiernos municipales, Ministerio de Planificación, Presupuesto y de Gestión, Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social, Folleto Brasilia, 8 de agosto del 2000.
- KRAAN, Dirk-Jan, Off-budget and Tax Expenditures, OECD Journal On Budgeting 122, Volume 4, No. 1, 2004.
- LAGE GONÇALVES, Laura Vanessa, La Ley de Responsabilidad Fiscal en Brasil: antecedentes, estructura, objetivos, y resultados, Ministerio de Planeación, Presupuesto y Gestión, Brasília, mayo de 2005.
- MORGADO, Gatsby y REYES, Indira, Sistema tributario de Brasil. Consultable en la siguiente dirección de Internet: <http://www.monografias.com/trabajos12/stribras/stribras.shtml> (consultada en noviembre de 2010).
- PAUNOVIC, Igor, Panorama General del Gasto Público en América Latina y México, Cámara de Diputados, México, 14 de mayo de 2007.
- RIIS, Michael Jacobsen, et al, Tax Expenditures in the Nordic Countries, a report from a Nordic working group, presented at the Nordic Tax Economist meeting in Oslo, June 2009, January 2010.
- RODRÍGUEZ MEJÍA, Gregorio, Evasión fiscal. Consultable en la siguiente página de Internet: <http://www.buenastareas.com/ensayos/Evasion-Fiscal/36753.html> (consultada en noviembre de 2010).

• RUIZ, Tomás, El sistema fiscal mexicano: avances y retos. Propuestas para una reforma fiscal integral, Revista Mercado de Valores, Nacional Financiera, México, Distrito Federal, Año LIX, 7 de julio de 1999.

• VILLELA, Luiz, LEMGRUBER, Andrea y JORRATT, Michael, Los presupuestos de gastos tributarios. Conceptos y desafíos de implementación, Banco Interamericano de Desarrollo, Sector de Capacidad Institucional y Finanzas, diciembre de 2009.

LEGISLACIÓN

- Constituição da República Federativa do Brasil.
- Ley de Responsabilidad Fiscal (Ley Complementaria 101, del 4 de mayo de 2000).
- Lei Nº. 12.017, de 12 de agosto de 2009 (Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2010 e dá outras providências).
- Lei Nº 12.214, de 26 de Janeiro de 2010 (Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2010).
- Demonstrativo dos Gastos Tributários 2010.

OTRAS FUENTES

• Eficiencia recaudatoria: Definición, estimación e incidencia en la evasión. Estudio realizado por el Centro de Economía Aplicada y Políticas Públicas del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), noviembre 24, 2009.

• Evolución de la Administración Tributaria. Disponible en: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Principal/Espanhol/EstudosTributariosNovo/EvolucaoTributaria/EvolucaoAdminTributaria.htm> (consultada en noviembre de 2010).

• La hora de la igualdad. Brechas por cerrar, caminos por abrir. Estudio presentado durante el Trigésimo tercer periodo de sesiones de la CEPAL. Coordinado por Alicia Bárcena, Secretaria Ejecutiva de la CEPAL, con la colaboración de Antonio Prado, Secretario Ejecutivo Adjunto, y Martín Hoppenhayn, Director de la División de Desarrollo Social, Brasília, 31 de mayo de 2010.

• Senado Federal brasileño. Disponible en la siguiente dirección de Internet: <http://www2.camara.gov.br/espanol/the-federal-senate> (consultada en noviembre de 2010).

• Portal de Brasil, en la siguiente dirección de Internet: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Principal/Espanhol/SistemaTributarioBR/RefbasicasEconBR.htm> (consultado en noviembre de 2010).

• Ministerio de Hacienda de Brasil, en la siguiente dirección de Internet: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Principal/Espanhol/SistemaTributarioBR/TribProtestados.htm> (consultado en noviembre de 2010).

• Ministerio de Hacienda de Brasil, en la siguiente dirección de Internet: <http://www.receita.fazenda.gov.br/principal/Espanhol/Estrutura/ConhecaOrganograma.htm> (consultado en noviembre de 2010).

VISIÓN DE LOS LEGISLADORES

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y EL NUEVO ORDEN JURÍDICO EN MÉXICO

DIP. ARTURO ZAMORA JIMÉNEZ

Sostengo que cuanto más indefensa es una criatura,
más derecho tiene a ser protegida por el hombre
contra la crueldad del hombre.
Mahatma Gandhi

Para quienes amamos el derecho, éste tiene siempre la facultad de deslumbrarnos y así, como en este caso nos permite ser parte de una de las reformas constitucionales más trascendentes en la normativa legal que esperamos logre su propia socialización en la vivencia de la comunidad que en ellos encontrará sin duda un arma invaluable para exigirlos en plenitud. Esta legislación no viene a inventar nuevos derechos, pero el haberlos recogido dentro de nuestra normativa máxima es un acto de declaración que hace el legislador mexicano de que en nuestro país tiene como sostén y visión fundamental al ser humano en plenitud, al ser humano en cuanto tal, en la parte más plena de su naturaleza, en todo aquello que ni siquiera puede ser renunciado, que es entraña viva de su humanidad ya que no puede haber justicia sin aquello que al ser humano corresponde en virtud de su propio ser, por naturaleza, su dignidad ontológica y en consecuencia intrínseca, inherente a él.

La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos recién aprobada por el Congreso de la Unión y promulgada por el Ejecutivo Federal, constituye una espléndida conquista de nuestra esforzada sociedad civil, la cual solamente pudo ser obtenida después de una extensa y prodigiosa movilización social, frente a un Estado tradicionalmente monolítico y esencialmente autoritario.

Luego de esta gran reforma, nuestro país ha saltado a los primeros planos en materia de defensa y promoción de los Derechos Humanos. La Organización de las Naciones Unidas y no pocos Estados del orbe saludan con entusiasmo que México se haya atrevido a catalogar su nombre entre las naciones con aspiraciones realmente civilizadas.

El día 11 de junio entraron en vigor las reformas constitucionales en materia de Derechos Humanos, surgiendo con esto una relación nueva entre el ámbito del Derecho y las facultades que poseen los poderes del Estado mexicano y las tres instancias de gobierno, que tienen la obligación de conocer, velar y cumplir dichas disposiciones legales.

Señala el nuevo artículo 1º constitucional:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los Derechos Humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los Derechos Humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los Tratados Internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los Derechos Humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

A partir de la publicación de esta reforma, las garantías individuales que históricamente se venían reconociendo restrictivamente como derechos fundamentales en la Constitución General de la República, adquieren una nueva dimensión equiparable al tamaño en que se hallan reconocidos los Derechos Humanos en el concierto mundial; por tanto, nuestra Constitución y demás leyes secundarias, deben disponer los mecanismos jurídicos necesarios para garantizar su ejercicio irrestricto por parte de todos los mexicanos, y de los que no siéndolo, ingresen al territorio nacional.

La LXI Legislatura Federal logró ir más allá al interpretar los Derechos Humanos de conformidad a la Constitución y los Tratados Internacionales, con lo cual, puedo afirmar, que ha nacido a la vida jurídica de México una especie de “clon” (o hermano gemelo) de la Constitución en materia de garantías y Derechos Humanos.

Esto es así, toda vez que durante la discusión del proyecto correspondiente, se aceptó que la interpretación relativa a los Derechos Humanos tuviese como marco de referencia la Constitución General de la República y los Tratados Internacionales, lo que se traduce en la obligación de todas las autoridades de respetar todos y cada uno de los compromisos que México ha suscrito en los Tratados Internacionales en sus muy diversos ámbitos. En este sentido, el dictamen aprobado por la Cámara de Diputados el 23 de abril de 2009 incorpora la siguiente argumentación:

“La Comisión de Puntos Constitucionales estima que los Derechos Humanos son una de las dimensiones constitucionales del Derecho Internacional contemporáneo y que éstos son inherentes a la dignidad de la persona y reconocidos por el Estado a través de sus leyes. Su vigencia, protección, defensa, promoción, educación y vigilancia son una responsabilidad del Estado que se ha venido reforzando a través de la firma y ratificación de los Tratados Internacionales en la materia, que establecen pautas para garantizar una serie de derechos que son universales, inalienables, imprescriptibles e inderogables.

Por lo anterior, es menester que los Derechos Humanos estén establecidos de manera clara en la Constitución, puesto que en ellos deben estar basadas las políticas públicas que promueva el Ejecutivo, en su contenido deben estar los criterios reguladores que rijan el actuar de Poder Judicial y sus fundamentos deben ser el eje rector de las leyes y normas que emita el Poder Legislativo.

La reforma al artículo 1º propone distinguir claramente entre Derechos Humanos y garantías. La modificación protege cabalmente los derechos y garantías individuales, por lo que ya no existiría distinción entre los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y los derechos reconocidos por el Estado mexicano vía los Tratados Internacionales. Así, la única diferencia sería su fuente de origen.

[...]

Por otra parte, la incorporación del principio pro personae obedece a la obligación del Estado de aplicar la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.”

De esta manera, a partir de ahora es necesario matizar la interpretación de nuestro derecho interno para dar cabal cumplimiento a los compromisos internacionales, en materias tan diversas, como los primeros reconocimientos establecidos en la Declaración de derechos de Virginia de 1773; la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano aprobado por la Asamblea Nacional francesa en Agosto de 1789, firmada por el rey en octubre de ese año y que se incluyó como encabezamiento de la constitución de 1791; la declaración americana de derechos y deberes del hombre de mayo de 1948 que antecedió a la Declaración Universal de Derechos Humanos que se aprobó en diciembre de ese año; el derecho a la propia imagen, tutelado por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; el derecho al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que tutela el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁴²; el derecho de

²⁴²Ambos pactos fueron adoptados en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966. México se adhirió el 23 de marzo 1981.

propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan las poblaciones indígenas que protege el Convenio Internacional del Trabajo Num. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes,²⁴³ y en general todos aquellos derechos humanos establecidos en instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José),²⁴⁴ y por supuesto la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre muchos otros.

Estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional, de conformidad con el principio *Pacta sunt servanda*,²⁴⁵ que es uno de los fundamentos esenciales del Derecho Internacional, establecido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dispone:

ARTÍCULO 26

Pacta sunt servanda

Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

En este orden de cosas, a partir de la entrada en vigor de la referida reforma constitucional, todas las autoridades y poderes del Estado están obligados al respeto y cumplimiento de cualquier compromiso jurídico que México haya firmado en el contexto internacional, no sólo aquellos en materia de Derechos Humanos, sino todos los que formen parte de instrumentos en que México reconoce cualquier otro tipo de derechos que correspondan a personas físicas y jurídicas.

Esto es así en virtud de que se reconoce en el texto argumentativo el principio *Pro homine* (a favor de las personas); es decir, las garantías y Derechos Humanos consignados en la Constitución y en Tratados Internacionales deben interpretarse siempre de la manera que más favorezca a la persona.

En otro orden de ideas, para que la interpretación de esta reforma sea eficaz, será necesario que las universidades en sus licenciaturas y posgrados modifiquen la currícula académica con el objeto de incorporar en los planes de estudio la interpretación simultánea de los Derechos Humanos consignados en los Tratados Internacionales, así como las garantías para su cumplimiento.

Los nuevos profesionistas deberán formarse en una concepción mucho más amplia de los alcances y consecuencias de los Derechos Humanos, su protección y la forma de garantizar su ejercicio.

²⁴³ Suscrito en Ginebra, el 27 de junio de 1989, ratificado el 5 de septiembre de 1990.

²⁴⁴ Adoptado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, México se adhirió el 24 de marzo de 1981.

²⁴⁵ Locución latina que se traduce como "lo pactado obliga". Derecho internacional privado, Diccionario jurídico temático. Volumen 5. Péreznieto Castro, Leonel. Ed. Oxford, México 2002, p. 123. *Pacta sunt servanda*. Los pactos o acuerdos deben ser respetados, el hecho de que dos Estados pacten un tratado no le permite a uno de ellos incumplirlo con el pretexto de que es soberano. A partir de la Primera Guerra Mundial, este principio lo acogió el Derecho Internacional e incluso lo retomaron múltiples tratados internacionales.

Por otra parte, esta reforma obliga a revisar y adecuar de fondo la doctrina constitucional prevaleciente en nuestro país, puesto que el reconocimiento de la existencia de derechos inherentes a la persona rompe con la tradición ius positivista, que sólo otorgaba protección en forma restrictiva de las garantías individuales consagradas en nuestra Constitución. La coexistencia de valores y principios sobre la que debe basarse una constitución actual exige que cada uno de estos valores se entienda como no absoluto y por tanto compatible con los otros con los que debe convivir. El único valor absoluto debe ser el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores y la lealtad de su enfrentamiento, así entonces, los términos a los que hay que asociar la ductilidad constitucional son la coexistencia y el compromiso.²⁴⁶

El Poder Judicial, por su parte, al aplicar estas normas de nueva creación, deberá asumir la trascendente tarea de interpretar no sólo la voluntad del legislador, sino de ponderar los principios y valores contenidos en la Constitución y los Tratados Internacionales; esto es, el Poder Judicial en su conjunto deberá generar una nueva interpretación judicial, no sólo a través del control de la constitucionalidad de los actos de autoridad, sino también a través del control de la convencionalidad de esos actos. Así pues, al individualizar estas normas mediante sus resoluciones, el Poder Judicial habrá de generar nuevos criterios y tesis de jurisprudencia que revolucionarán la impartición de justicia en nuestro país.

Por lo que se refiere a su implementación en la legislación secundaria y el ámbito administrativo, serán las instancias oficiales de los tres órdenes de gobierno las encargadas de materializar el orden de cosas que exige el nuevo texto constitucional.

Este nuevo orden reclama una plena concordancia entre las disposiciones de la Constitución y los Tratados Internacionales con las leyes y reglamentos secundarios; es decir, invita a que, a la brevedad se haga una adecuación armónica de toda nuestra legislación, pero no solamente con arreglo al texto de la Constitución, sino que hoy se requiere adicionalmente que dichas normas tengan también plena conformidad con el texto de los Tratados Internacionales suscritos por México.

Así pues, corresponderá a la actual legislatura del Congreso de la Unión la responsabilidad de discutir y aprobar antes del 10 de junio del año 2012, los siguientes ordenamientos:

1.- Ley reglamentaria del párrafo tercero del artículo 1º de la Constitución en materia de Medidas de atención y reparación integral a las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos.

²⁴⁶ Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. Ed. Trotta, Novena edición. Madrid 2009. P. 14.

En este sentido, deberá crearse la norma secundaria para establecer como principio fundamental, el derecho de las víctimas a la restitución de sus bienes, derechos o valores, por la violación de sus Derechos Humanos, lo cual deberá realizarse a través de una serie de medidas jurídico-administrativas que redundarán en la restitución, rehabilitación e indemnización por el daño moral y material causado, así como el restablecimiento de las garantías necesarias para evitar que se repita el acto violatorio.

2.- Ley reglamentaria del artículo 11, párrafo segundo de la Constitución en materia de Asilo, refugio y protección Complementaria.

Esta norma deberá ser objeto de revisión y adecuación al nuevo orden constitucional, toda vez que no concede a ninguno de los organismos protectores de Derechos Humanos, intervención alguna en los procesos de calificación de las causas y grados de persecución o sufrimiento, ni sobre el reconocimiento o declaración de la condición de asilado o refugiado, motivo por el cual es necesario que las facultades reservadas en esta materia a la Secretaría de Gobernación, se trasladen a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

3.- Ley reglamentaria del artículo 29 de la Constitución en materia de Suspensión del ejercicio de los derechos y las garantías.

En este ámbito se trata de un estatuto de excepción, por tanto deberá ser cuidadosamente discutido y aprobado, ya que en sus disposiciones reglamentarias debe estipularse la forma y términos en que podrán restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos y las garantías individuales que fuesen obstáculo para hacer frente a una invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro evento social o natural que ponga en grave riesgo o peligro a la sociedad; temas que, debido a su extrema delicadeza, tendrán que definirse con claridad y con pleno respeto a los Derechos Humanos consagrados tanto en la Constitución como en los Tratados Internacionales.

4.- Ley reglamentaria del artículo 33 de la Constitución en materia de Expulsión de extranjeros.

Deberá disponer el procedimiento jurídico-administrativo necesario para que el Ejecutivo de la Unión pueda realizar la detención y posterior expulsión de ciudadanos de otros estados, ya que el nuevo texto constitucional exige la satisfacción plena de la garantía de audiencia y defensa de la persona sujeta a procedimiento de expulsión.

5.- Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Este ordenamiento tendrá que revisarse pormenorizadamente para adecuarlo al nuevo orden constitucional, a fin de implementar las nuevas y amplias

facultades otorgadas a la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Por principio de cuentas es necesario destacar que los servidores públicos a quienes se les formulen recomendaciones por violación a Derechos Humanos tendrán la obligación de pronunciarse fundada y motivadamente sobre la aceptación las mismas, y cuando estas recomendaciones no sean aceptadas, o bien sean incumplidas total o parcialmente, los servidores públicos responsables podrán ser compelidos, a instancia de los organismos de protección de los Derechos Humanos, para que comparezcan ante los órganos legislativos competentes a explicar sus posiciones.

También será necesario adecuar el estatuto procedimental para la elección del titular de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, así como de los miembros de su Consejo Consultivo, pues a sus respectivos nombramientos deberá preceder un proceso transparente de consulta pública.

6. Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 constitucional.

A raíz de la enmienda constitucional que ya se encuentra en vigor, la Comisión Nacional de Derechos Humanos ha sido facultada para ejercitar la Acción de Inconstitucionalidad contra leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, o en contra de los Tratados Internacionales suscritos por México, cuando sus disposiciones vulneren Derechos Humanos.

Igual facultad poseerán los organismos protectores de Derechos Humanos de las entidades federativas y del Distrito Federal, empero éstos solamente podrán combatir mediante la interposición de la acción de inconstitucionalidad, leyes emitidas por las legislaturas locales cuando sus disposiciones vulneren los Derechos Humanos.

Así pues, en la medida en que los organismos protectores de Derechos Humanos comiencen a deducir sin limitación alguna acciones de inconstitucionalidad en contra de ordenamientos federales y estatales cuyas disposiciones vulneren Derechos Humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación contribuirá enormemente en la depuración de nuestro anquilosado sistema jurídico, separando, mediante sendas declaraciones de invalidez, todas aquellas normas contrarias a la Constitución y los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos.

7. Ley Reglamentaria del artículo 102 apartado B último párrafo de la Constitución, en materia de Investigación de violaciones graves a los Derechos Humanos.

De acuerdo al nuevo texto constitucional, la Comisión Nacional de Derechos Humanos podrá, cuando lo juzgue conveniente, investigar hechos que constituyan violaciones graves a Derechos Humanos, facultad que antes de la reforma correspondía en exclusiva a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que, en su momento y por carecer de un reglamento aprobado por el Congreso de la

Unión que regulara esa facultad investigadora, se tuvo que dotar de la reglamentación necesaria a través de Acuerdo General número 16/2007, reuniéndose de facto con ello, y contrario al texto del artículo 49 constitucional, dos poderes en una sola corporación.

Es de señalarse que en el proceso de discusión de la reforma, quedó reservada para su posterior discusión la adición de un párrafo que establecería el órgano que será el encargado de ejercer esta atribución, así como los requisitos mínimos del procedimiento, de tal suerte que, en este sentido se hace necesario que el Congreso emita una ley reglamentaria de carácter procedimental, a fin de estipular con precisión los casos, requisitos y formas que deben regir el ejercicio de esta facultad de investigación.

Luego que se cumplan los ordenamientos transitorios de la reforma constitucional, el Congreso de la Unión deberá abordar la enorme tarea que significa la revisión y reforma de toda nuestra legislación secundaria relacionada con los Derechos Humanos, a fin colocarla en armonía con los Tratados Internacionales en esa materia.

En este rubro la tarea se antoja ardua ya que, tan sólo en materia de Derecho Penal y Procesal Penal, cuya función cardinal es la protección integral de los derechos, bienes y valores de las personas, deberán revisarse por lo menos cuarenta y dos Tratados Internacionales que contienen definiciones constitutivas de delitos en materias tan diversas como la esclavitud, tráfico de personas, explotación de la prostitución, genocidio, imprescriptibilidad de crímenes de guerra, imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, prisioneros de guerra, protección de civiles en tiempos de guerra, tortura, desaparición forzada de personas, prostitución y pornografía infantil, trabajo infantil, discriminación en todas sus formas, violencia de género, delincuencia organizada transnacional, tráfico de mujeres, niños y migrantes, secuestro aéreo, seguridad de la aviación civil, seguridad de la navegación marítima y fluvial, terrorismo, tráfico internacional de armas y tráfico internacional de drogas, por citar sólo algunos.

En fin, todas y cada una de las materias en que convencionalmente se divide nuestro sistema jurídico deberán ser puestas a tono con las nuevas demandas que imponen los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, y en ello tiene una participación fundamental el Poder Legislativo federal.

Considero que el Congreso de la Unión le ha cumplido bien a México con la aprobación de una reforma de tanta amplitud en materia de Derechos Humanos; estoy seguro que el Poder Judicial de la Federación ha venido desempeñando la tarea secundaria que necesariamente se asocia a tan amplio proyecto, a través de la definición de los nuevos criterios bajo los cuales debe hacerse la nueva interpretación respecto a los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución y en los Tratados Internacionales.

Prototipo del acierto con que se han venido conduciendo en esta materia nuestros tribunales, lo constituyen sin duda las resoluciones que ha venido estableciendo la Suprema Corte de Justicia de la Nación en fechas recientes en aplicación del nuevo criterio previsto en el artículo 1º Constitucional.

En primer término, sustentó el criterio de que en el análisis y discusión de aquellos asuntos en que se invoquen o se interpreten las garantías y los Derechos Humanos, debe hacerse una revisión de oficio a los Tratados Internacionales que incidan en la materia, por lo que con esta determinación se implementa en la esfera jurisdiccional su aplicabilidad como fuente de derecho interno.

Asimismo, a raíz de la consulta a trámite del Presidente de ese alto tribunal sobre el cumplimiento por parte del Poder Judicial de la Federación de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Rosendo Radilla, se ha sentado un precedente de suma relevancia en cuanto a los alcances del cumplimiento de las resoluciones de un Tribunal Internacional, al determinar por primera ocasión que una norma de derecho interno resulta violatoria de los Derechos Humanos consagrados en los Tratados Internacionales, en aplicación del criterio establecido en el artículo 1º constitucional.

Recordemos que la discusión de este grueso expediente comenzó en el año 2010, y que el 6 de septiembre de ese año el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación había desechado un dictamen en el que planteaba acatar la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el estado mexicano, donde recomendaba que los militares que cometan delitos contra civiles en sus tareas de seguridad y de combate al crimen, deben ser juzgados por civiles y no por autoridades castrenses.

Uno de los argumentos que más se ponderaban para no adoptar dicha sentencia se hacía consistir en que los Tratados Internacionales no podían estar por encima del artículo 13 de la Constitución; luego entonces, nueve meses después sobrevino la reforma constitucional que nos ocupa y la Suprema Corte de Justicia comenzó a desplegar una muy sana interpretación sobre los alcances de la citada reforma, definiendo con claridad que el Estado mexicano está obligado a acatar y cumplir los fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que “La interpretación de los Derechos Humanos se realizará de conformidad con la Constitución y los Tratados Internacionales favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a los individuos”. En este orden de cosas los criterios jurisprudenciales de la citada corte serán orientadores en la nueva política judicial sobre los Derechos Humanos en nuestro país.

Corresponde por tanto y desde ahora al Ejecutivo Federal ofrecer pruebas evidentes de que el gobierno “presta oídos” a los reclamos en materia de justicia con dignidad y respeto a los Derechos Humanos que se le hacen en diversas partes de la nación; es decir, se requiere de una definición presidencial clara

y categórica, lejana a la retórica y la demagogia, por la opción del respeto a los Derechos Humanos, misma que obliga en todos sus actos al Poder Ejecutivo a dar cumplimiento puntual a los parámetros que exigen la Constitución y los Tratados Internacionales.

Los mexicanos no solamente demandamos leyes que respeten y otorguen plena vigencia a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; leyes que protejan la vida y la libertad de decidir; leyes que prevengan y sancionen la tortura; leyes que erradiquen la esclavitud y el trabajo forzado, que aún en contados casos, se resiste a desaparecer de nuestro país; leyes que otorguen al perseguido y al menesteroso, que garanticen el derecho de asilo, de refugio o de asistencia humanitaria; leyes que protejan claramente a nuestras mujeres, niños, ancianos y personas con capacidades diferentes; leyes que protejan la identidad cultural de nuestros pueblos indígenas; leyes tendientes a erradicar la discriminación en todas sus formas; leyes que promuevan la tolerancia, la libertad de pensamiento, de conciencia y de creencia religiosa; leyes que promuevan la creación de fuentes de trabajo digno y bien remunerado; leyes que protejan el derecho a la salud y el derecho a habitar un medio ambiente saludable; leyes que respeten los principios de legalidad, de seguridad jurídica y presunción de inocencia y, en general, leyes cuyo único propósito sea la protección de los derechos fundamentales del hombre.

Los mexicanos no sólo ambicionamos todos esos bienes; también demandamos que todos aquellos en quienes descansa la potestad de hacer que las leyes tengan exacta y debida observancia, cumplan eficazmente con la importante y delicada función que se les ha encomendado, especialmente en el ámbito del Poder Ejecutivo.

Es necesario entonces, revisar principios profundamente arraigados en nuestra tradición jurídica como la supremacía constitucional y la jerarquía normativa. En concordancia con la doctrina constitucional contemporánea, la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos ha abandonado la rigidez del positivismo jurídico, reconociendo la existencia de derechos inherentes a la persona, independientemente de que éstos se encuentren consagrados de manera literal en el texto constitucional, es decir, atiende a los valores contenidos en la norma suprema y en los Tratados Internacionales para inferir e interpretar los derechos fundamentales, así como los principios que deben regir en la organización del Estado en su conjunto.

Al respecto, considero necesario reformar el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con la finalidad de armonizar este dispositivo con el nuevo texto del artículo 1º del mismo ordenamiento. La reforma que se propone pretende señalar de manera expresa en nuestra norma fundamental la jerarquía que actualmente rige en nuestro sistema normativo, y que materialmente se infiere de las nuevas disposiciones constitucionales en materia

de Derechos Humanos y los criterios que de manera reiterada ha sustentado la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El sistema jurídico mexicano tradicionalmente encontró sustento teórico en la construcción escalonada del ordenamiento jurídico sostenida por Hans Kelsen, quien señalaba que la constitución en su sentido material debería entenderse como “la norma o normas positivas que regulan la producción de normas jurídicas generales”²⁴⁷, ya fuera que esta norma superior tuviera forma escrita o se tratase de normas no escritas producidas consuetudinariamente. Esto es, la norma superior prescribe el procedimiento mediante el cual se produce otra norma, y en ocasiones también señala o limita el contenido de la nueva norma.

Esto dio sustento al Principio de supremacía constitucional, que establece que es la Constitución, como norma fundante, la que crea los poderes públicos, delimita sus funciones, establece los procedimientos legislativos, regula la celebración y ratificación de Tratados Internacionales, reconoce los derechos fundamentales e incorpora los valores esenciales del pueblo; así entonces en nuestra Constitución el artículo 133 establece:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Este artículo establecía que la Constitución se encontraba en un plano superior, en tanto que las leyes federales y los Tratados Internacionales, respectivamente, se encontraban en un sustrato inferior al mismo nivel.

En función de la interpretación de la norma fundamental, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró conveniente abandonar este criterio, adoptando en el año de 1999 la siguiente tesis de jurisprudencia:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro Derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión

²⁴⁷Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho. Ed. Porrúa, Novena Edición. México, 1997. P. 232.

"... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del Derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los Tratados Internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del Derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al Presidente de la República a suscribir los Tratados Internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el Presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al Derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA"; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al Derecho federal.²⁴⁸

En función de lo anterior, se modificó el criterio para determinar la jerarquía normativa, sobreponiendo los Tratados Internacionales a las leyes federales,

²⁴⁸ga. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; X, Noviembre de 1999; Pág. 46.

siempre y cuando estuviesen ajustados al artículo 133 constitucional, esto es, que se hubiesen firmado con la aprobación del Senado de la República, presumiéndose entonces su validez constitucional.

TRATADOS INTERNACIONALES. DEBEN PRESUMIRSE APEGADOS AL TEXTO CONSTITUCIONAL HASTA EN TANTO SE DEMUESTRE SU INCONSTITUCIONALIDAD EN LA VÍA PROCEDENTE.

*El artículo 128 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la obligación de todo servidor público de protestar guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen; obligación que recae, en el caso de los Tratados Internacionales, entre otros, en el Presidente y en los miembros del Senado de la República, por lo que los actos provenientes de dichos servidores se presumen constitucionales hasta en tanto se pruebe su inconstitucionalidad ante los Tribunales de la Federación o su ilegalidad ante los Tribunales Contenciosos Administrativos. Así, basta que un Tratado Internacional lo firme el Ejecutivo, por sí o por conducto de plenipotenciario facultado, lo apruebe el Senado y se publique en el Diario Oficial de la Federación, para presumir que es acorde con la Constitución Federal, en el entendido de que esta presunción legal subsistirá hasta en tanto se declare la inconstitucionalidad o ilegalidad correspondiente por el órgano competente y en vía idónea.*²⁴⁹

De esta manera, los Tratados Internacionales adquirieron en su interpretación una nueva dimensión como fuente de derechos que deben ser observados y protegidos por todas las autoridades nacionales.

En otro orden de ideas y como se dejó sentado en líneas precedentes, la doctrina constitucional contemporánea ha abandonado la rigidez del positivismo jurídico, reconociendo la existencia de derechos inherentes a la persona, independientemente que éstos se encuentren consagrados de manera literal en el texto constitucional, es decir, atiende a los valores contenidos en la norma suprema para inferir e interpretar los derechos fundamentales, así como los principios que deben regir en la organización del Estado en su conjunto.

Sólo de esta manera una constitución puede ejercer su función integradora de las aspiraciones de los factores reales de poder que intervienen en su creación y modificación.

Cabe señalar que en fecha reciente se aprobó otra reforma constitucional de gran impacto en el sistema jurídico mexicano que incorporó a través de la institución del juicio de amparo la protección de derechos colectivos o difusos

²⁴⁹ 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXVI, Julio de 2007; Pág. 384

en función del interés legítimo, así como la posibilidad de otorgar efectos erga omnes a las resoluciones que determinen la inconstitucionalidad de una norma, obligando al legislador a realizar la adecuación de aquella norma declarada inconstitucional.

La reforma citada determina la posibilidad de invocar los Derechos Humanos consagrados en los Tratados Internacionales en los juicios de garantías, de conformidad con el artículo 103 fracción I:

Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los Derechos Humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

A este respecto, cabe destacar el criterio sostenido por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito:

TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN.

Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a Derechos Humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los Derechos Humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el Derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial.²⁵⁰

De esta manera, la reforma adquiere otra nueva dimensión, ya que la violación de un derecho fundamental consagrado en un Tratado Internacional puede ser el origen de la declaración general de inconstitucionalidad y en su caso de la reforma a una ley.

En concordancia, la reforma que se refiere al artículo 1º Constitucional²⁵¹, establece el principio pro personae que obliga a que en la interpretación de los

²⁵⁰ 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXXI, Mayo de 2010; Pág. 2079.

²⁵¹ Diario Oficial de la Federación de fecha 10 de junio de 2011, Primera Sección.

Derechos Humanos siempre se atiende a la mayor protección al individuo, es decir, se hace necesario que en todos los casos se haga una interpretación extensiva y no restrictiva de estos derechos.

Podemos concluir que ambas reformas fortalecen a nivel del texto constitucional el criterio ya sustentado respecto de la prevalencia de los Tratados Internacionales sobre las leyes federales, toda vez que éstos obligan al estado en su totalidad, e incluso, tratándose específicamente de Derechos Humanos, en ocasiones se pondrán al mismo nivel de la norma constitucional, en tanto, que otorguen una mayor protección al individuo.

Es menester reconocer que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustentó el criterio en el sentido de que en el análisis y discusión de aquellos asuntos en que se invoquen o se interpreten las garantías y los Derechos Humanos, debe hacerse una revisión de oficio de los Tratados Internacionales que incidan en la materia, por lo que se implementa en la esfera jurisdiccional su aplicabilidad como fuente de derecho interno.

En algunos textos constitucionales iberoamericanos, ya se contiene de manera textual esta disposición; tal es el caso de la Constitución de la República de Colombia, que dispone en su artículo 93:

ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los Derechos Humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia.

En función de las anteriores aseveraciones, es necesario adecuar el texto del artículo 133 para que se otorgue un papel preponderante a los Tratados Internacionales.

Como se ha dejado establecido, los Tratados Internacionales se ubican jerárquicamente por debajo de la Constitución y por encima de las leyes federales; sin embargo tratándose de Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, a partir del once de junio del dos mil once han adquirido un rango equivalente al propio texto constitucional.

Así pues, la reforma necesaria pretende señalar de manera expresa en nuestra norma fundamental la jerarquía y prelación que rige en nuestro nuevo orden constitucional de acuerdo a la reforma en materia de Derechos Humanos y a los nuevos criterios que han venido sustentando el Poder Judicial de la Federación y la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La nueva redacción que se propone al artículo 133 constitucional quedaría integrada de la siguiente forma:

Artículo 133. Esta Constitución, los Tratados Internacionales celebrados conforme a la misma, y las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, serán, en ese orden, la Ley Suprema de toda la Unión.

Las disposiciones de los Tratados Internacionales que regulen Derechos Humanos tendrán rango constitucional y se interpretarán conforme al artículo 1º párrafo segundo de esta Constitución.

Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, tratados y leyes, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

A pesar de tantos y tan buenos augurios, la reforma recién promulgada es, apenas, el punto de partida de una larga marcha que pondrá a prueba nuestra capacidad de adaptación al nuevo orden constitucional. Será necesario transitar por un largo proceso de transformación de instituciones vetustas y prácticas inveteradas, y al mismo tiempo ir construyendo una nueva y auténtica cultura de respeto a la legalidad, para que el trabajo que hasta hoy se ha realizado, y el que vendrá no queden sólo en una aspiración a la dignidad.

INVESTIGADOR INVITADO

**VISIÓN GENERAL Y ACTUALIZADA DEL
DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO PENAL
ORAL ACUSATORIO
EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA**

LIC. OCTAVIO ARMANDO RODRÍGUEZ GAYTAN

PRESENTACIÓN



Chihuahua, Chihuahua
Septiembre de 2011

La sinergia en las áreas académicas y de Estado, erige bastión clave para la afirmación de los cambios positivos en la vida pública. El intercambio de ideas efectivo, abona significativamente a su consolidación, por ello es que se advierte de inmediato el papel tan relevante de los esfuerzos que sustentan publicaciones como **Quorum Legislativo**.

Agradezco a cada una de las personas que con su proceder institucional, a través del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, y de la Cámara de Diputados, abonan al enriquecimiento de apertura de criterios y disposición académica de sus colaboradores, así como de los destinatarios de sus contenidos.

En la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua, desde hace un año, cuando comenzamos los trabajos de la actual administración, asumimos como responsabilidad insoslayable lograr un incremento sustancial en la generación de investigación y en la divulgación respectiva. Precisamente el convenio signado entre la Cámara de Diputados y nuestra Universidad el mes pasado, nos representa un avance de gran valor en este campo.

En la próxima edición de Quorum Legislativo será incluido un texto del maestro Octavio Armando Rodríguez Gaytán, Catedrático de esta Casa de Estudios.

Del maestro Rodríguez Gaytán mucho se puede decir, particularmente sobre el ejemplar desempeño que como universitario le caracteriza. Es un hombre comprometido con el Derecho y con su desarrollo, estoy seguro que su aportación a esta próxima edición cumplirá con los altos estándares de calidad que la publicación exige; lo que siempre ha tenido y conocemos.

Además de catedrático, ejerce su carrera de Licenciado en Derecho como Juez de Garantía del Distrito Judicial Morelos, aquí en el Estado de Chihuahua. De

Atendiendo precisamente al título de su texto, el Maestro tiene una visión general y actualizada del desarrollo del procedimiento penal oral acusatorio en el Estado de Chihuahua, de gran valor; toda vez que lo conoce desde su origen, así como el desarrollo que esta rama jurídica ha experimentado en nuestro entorno.

En este artículo, el Maestro Rodríguez asume la postura del historiador que presenta referencias fidedignas, del Jurista que abstrae y valora, del Maestro que enseña, y del Juez que vive directamente aquello de lo que habla. Estoy seguro que encontrarán grata, pero sobre todo muy interesante esta aportación.

Finalmente, reitero mi interés en seguir estrechando lazos académicos, para que nuestras Instituciones se sigan acercando, con el objetivo siempre de enriquecerse en beneficio de las mismas, pero sobre todo, de la sociedad.

M.D.H. Enrique Antonio Carrete Solís
 Director de la Facultad de Derecho
 Universidad Autónoma de Chihuahua

VISIÓN GENERAL Y ACTUALIZADA DEL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO PENAL ORAL ACUSATORIO EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA

LIC. OCTAVIO ARMANDO RODRÍGUEZ GAYTAN

Al iniciar el Gobierno Estatal de Chihuahua, en Octubre del 2004, presidido por el Licenciado JOSÉ REYES BAEZA TERRAZAS, se planteó como Política de Seguridad Pública contra el grave rezago que existía en las oficinas de la Procuraduría General de Justicia del Estado, concretamente en los Departamentos de Averiguaciones Previas, así como en los Tribunales del orden penal, de múltiples causas penales sin resolver; estimando que una solución definitiva sería el cambio del Sistema Inquisitivo Escrito al Sistema Acusatorio Oral.

Consistiendo dicho Nuevo Procedimiento Penal Oral, en el predominio absoluto de la oralidad en desahogo de pruebas, peticiones de las Partes y resoluciones Judiciales, estimándose la forma escrita solo como excepción.

De esta manera se agilizarían tanto la Investigación inicial por el Ministerio Público como los procesos penales radicados en los Tribunales, con el consiguiente efecto benéfico de una agilización en la Procuración y Administración de Justicia; así como mostrando de cara a la Sociedad la actualización de los Tribunales al implementar sus actuaciones en Audiencias Públicas y Orales a donde pudieran acudir las personas que así lo desearan, sean o no interesadas en el proceso respectivo.

De esta manera se presentó por los tres Poderes del Estado, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, representados por el Gobernador, el Presidente del Congreso del Estado y el Presidente del Supremo Tribunal de Justicia del Estado, una iniciativa de Ley que modificaba la estructura fundamental de la investigación de delitos por el Ministerio Público y la resolución de los mismos por los Tribunales. Proponiéndose la Reforma Legislativa de la Constitución Política del Estado de Chihuahua, de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado y la expedición de los nuevos Códigos Penal y de Procedimientos Penales, la Ley de Vialidad y Protección Civil, de la Ley Organica del Ministerio Publico del Estado, de la Ley de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, (hoy llamada Ley de Ejecución de Penas y Medidas Judiciales) así como la Ley de Atención y Protección a Víctimas u Ofendidos del Delito y la Ley Estatal de Seguridad Ciudadana.

Y previo análisis y discusión de dicha iniciativa múltiple de Ley que abarcaba dichas Leyes, el Congreso por unanimidad de votos de los tres Partidos Políticos integrantes del Pleno, se aprobó la misma para entrar en vigor el 1º de Enero del 2007, escalonadamente en tiempo en el Territorio del Estado.

Primeramente, en el Distrito Judicial Morelos cuya cabecera es la Capital del Estado, la ciudad de Chihuahua; a los seis meses, esto es, el 1° de Julio en el Distrito Bravos con cabecera en Ciudad Juárez, Chihuahua; y a los siguientes seis meses el 1° de Enero del 2008 en el resto del Estado.

Habiendo iniciado efectivamente en el Distrito Morelos el 1° de Enero del 2007, pero modificándose la entrada en los restantes Distritos por diversas razones, pues en ciudad Juárez entró hasta el 1° de Enero del 2008 y en el resto del Estado hasta el 1° de Julio de ese año.

Es el caso que tanto su Servidor, como los otros once Jueces que iniciamos este Nuevo Sistema en el Distrito Morelos, hemos realizado una actividad jurisdiccional innovadora en estos tiempos y con base en esa experiencia es que hoy escribo estas líneas a Ustedes, para dárselas a conocer.

En primer lugar, debo recalcar que en virtud de los principios que rigen este Sistema Acusatorio hubo una total innovación en la practica Judicial. En primer lugar todas las resoluciones deben de ser en Audiencia, esto es, en presencia de las Partes y aquí se aplica el Principio de Publicidad. En dichas audiencias la forma única y exclusiva de conducirse es a través de la palabra hablada y no leída, esto es, debe de haber espontaneidad en la exposición, y aquí se aplica el Principio de Oralidad. Asimismo, se da a las Partes un trato igual porque ya ambas: Ministerio Público y Defensa son Licenciados en Derecho y por lo tanto Órganos Técnicos que conocen el procedimiento penal, de ahí que no puede haber preferencias para alguno de ellos; y así se aplica el Principio de Igualdad. Realizándose las audiencias siempre en presencia del Juez que corresponda, ya sea de Garantía también llamado de Control o el Juez de Juicio Oral, así como el Agente del Ministerio Público y el Defensor y eventualmente el Imputado y la Víctima; y así se aplica el Principio de Inmediación. Debiendo el Tribunal emitir sus resoluciones en el momento en que se las planté, sin posponerlas para después o al final de la misma audiencia; y así se aplica el Principio de Concentración. Así como también ligado a este principio tenemos que las Audiencias se deben de realizar sin interrupción alguna, salvo los recesos previamente establecidos o los que se justifiquen debidamente; la Audiencia no debe realizarse en tiempos separados; y así se aplica el Principio de Continuidad. Finalmente, tenemos que las Partes, Ministerio Público y Defensor, deben de ser escuchadas, oídas por la Autoridad Judicial en todos los planteamientos que se realicen por las mismas, esto es debe de dárselos la oportunidad de expresar su punto de vista del planteamiento de que se trate y darles el tiempo necesario para su replica y contrarréplica; y así tenemos que se aplica el Principio de Contradicción y Debido Debate.

La aplicación de éstos principios han dado como resultado la agilidad en el desarrollo de las audiencias, pues es notorio que lo que antes se resolvía en varios días hoy, se hace en una sola audiencia con duración de dos horas máximo.

Pero, para que ello resulte así, deben los Operadores del Sistema conocer ampliamente el Nuevo Procedimiento, pues de no ser así obviamente que la audiencia se realiza lentamente y con muchos obstáculos en virtud de que los Operadores al desconocer el Sistema no exponen lo conducente a lo que se esta planteando en determinado momento. De ahí que, es de suma importancia que los operadores conozcan el sistema y tengan la capacidad jurídica para intervenir en él.

Afortunadamente, la capacitación que recibimos los Jueces de Garantía y Orales, Agentes del Ministerio Público y Defensores Penales Públicos fue excelente y la depuración para nombrarnos fue muy exhaustiva y rigurosa.

Y no hubo mayores incidencias negativas; el problema se ha presentado con los Defensores Particulares que no se prepararon debidamente, a pesar de que el Estado y los Colegios de Abogados realizaron diversos cursos de preparación y conocimiento del Sistema Procesal Penal Oral.

Actualmente tenemos en el Estado de Chihuahua un nuevo sistema de Justicia Penal basado en un nuevo Código Procesal Penal Oral, en el que la base distintiva es precisamente la oralidad en las actuaciones Judiciales, con un mínimo de actuaciones por escrito.

Ello ha obedecido a la necesidad de proporcionar a la sociedad, no solo una mejor imagen de los Tribunales, sino el de dar certeza y confiabilidad a las personas indicadas.

Certeza y confiabilidad que se habían perdido prácticamente. Y no porque los Jueces fuéramos indolentes o corruptos ; sino porque el sistema escrito no permitía ya esa permeabilidad en la impartición de justicia.

De ahí que, es ésta una nueva opción que se ofrece a la ciudadanía para que vea mejor salvaguardados sus derechos, sus bienes y sobre todo su integridad corporal y su vida.

Es importante recalcar, que el Juzgador debe ser libre en su actuación y con ello me refiero precisamente a la independencia que debe tener no solo ante los otros poderes del Estado, -Legislativo y Ejecutivo-, sino me refiero a la Independencia ante sus compañeros superiores en grado.

El Juez, por lo tanto, no debe estar constreñido a presiones de sus superiores, o de altos funcionarios ya sea de la Federación, Estado o Municipio.

Ya nuestro Código Procesal Penal prevé en su Articulado 16 la independencia de los Jueces respecto de los demás integrantes del Poder Judicial y de los otros poderes del Estado.

Y sigue diciendo dicho Artículo: “Que por ningún motivo en ningún caso, los órganos del Estado podrán interferir en el desarrollo de la etapas del proceso. Y en caso de que se de esta intervención, el Juez deberá informar de ello al pleno del Supremo Tribunal de Justicia y esté deberá adoptar las medidas necesarias para que cese esa interferencia, con independencia de las sanciones administrativas, Civiles y Penales y las previstas en la Constitución Política del Estado”.

También, sobre este particular ya se pronuncio el Señor Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Don Genaro Góngora Pimentel, siendo presidente de la misma cuando publicó su parecer al respecto, sosteniendo que: *“Un Juez no debe aceptar consignas de nadie, debe estar por encima de la dadivas, de las personas, de las promesas y las amenazas. Un Juez que no esta por encima de ellas, no tiene cabida en una sociedad moderna. Cuando no es independiente hacia fuera y hacia dentro, cuando no desempeña su cargo con la dignidad y responsabilidad que este conlleva, no genera confianza por ende el Estado de Derecho se debilita: Todos perdemos”*.

Es importante puntualizar que los Jueces no podemos abstenernos de decidir bajo ningún pretexto, aunque sea de silencio, contradicción, deficiencia, oscuridad o ambigüedad de la Ley; ni mucho menos podemos retardar indebidamente alguna decisión. Ya que de hacerlo, nos hacemos acreedores a alguna sanción administrativa e incluso Penal.

Por eso, ahora presenciamos en su integridad el desarrollo de las audiencias y por ningún motivo se podrá delegar esta función.

Siendo esta la nota distintiva del nuevo Proceso Penal que es la Inmediación y que significa: La presencia ininterrumpida del Juez durante todo el desarrollo de la Audiencia.

También, se da el principio de Continuidad que significa que no debe haber pausas, prorrogas o interrupciones en las audiencias, salvo los casos legales previstos.

Igualmente, se aplica aquí el principio de Concentración que significa que todo lo planteado debe resolverse de inmediato en la misma Audiencia.

Con todos estos principios, se materializa ahora en la Ley Secundaria, la garantía individual prevista en el Artículo 17 Constitucional Párrafo II y III sobre la expedités en la Administración de Justicia, el estricto cumplimiento de los plazos y términos legales, realizando una actuación Judicial pronta, completa e imparcial. Y concluye exponiendo este Artículo, la existencia de la garantía de la Independencia de los Tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones. Nuestro Código Procesal Penal ya lo contempla, como expuse anteriormente, y al efecto obra el Artículo III de dicho Ordenamiento.

Asimismo, el Artículo 23 Constitucional establece la garantía de la prohibición de la práctica de absolver de la instancia y que no es otra cosa que exponer en una resolución que no se puede arribar a una decisión Jurisdiccional de condena o inocencia por algún motivo; lo cual nuestro Código Adjetivo ya lo contempla también en estricto cumplimiento del mandato constitucional.

Una labor importantísima del Juzgador y sobre todo del de primera instancia y además muy trascendente, tomando en cuenta que este Juzgador es el mas indefenso comparado con el de Segunda Instancia o el de amparo; y esta labor a que me refiero es la valoración de las pruebas.

Estableciendo el Código Procesal Penal, en su Artículo 17 la obligación de los Jueces de decidir objetivamente y que significa ser objetivo; pues no es otra cosa que tener un criterio razonable y sustentado en pruebas concretas no basadas en suposiciones; sino en pruebas materiales. Tal como lo exige el Artículo 20 del mismo Código en que se dice que los Jueces debemos de tener Sana Crítica, Lógica, Conocimientos Científicos e invocar las Máximas de la Experiencia.

Qué significan cada uno de estos requisitos: pues Sana Crítica es la mas absoluta imparcialidad o sea que no debemos inclinarnos a favor o en contra de una de las partes intervinientes. Pues la palabra sano es lo contrapuesto a enfermo o viciado, y aquí se aplica el término sana crítica, precisamente a que el Juez no trate de perjudicar o ayudar a alguien; sino que solo se constriña a las pruebas existentes en la causa.

Y qué es la Lógica, pues es tener un criterio racional, esto es natural sin emitir juicios absurdos, carentes de congruencia o debida adecuación.

Respecto a los Conocimientos Científicos entendemos las innovaciones que han surgido en los medios probatorios a través de los avances de la ciencia y la tecnología, productos de la investigación humana.

Finalmente por Máximas de la Experiencia se refiere a los casos y antecedentes similares que se han resuelto por diversos Tribunales, así como a las doctas opiniones de los estudiosos del derecho y obviamente al caudal de la Jurisprudencia.

Pues con todo ello el Juzgador emitirá su decisión mas trascendental que es su sentencia; y en ella deben concurrir estos principios de valoración de la prueba; de no ser así, su opinión Jurídica estará viciada e infundada, pero sobre todo atacará a la garantía Constitucional de debida fundamentación que exige el Artículo 16 Párrafo I de la Carta Magna.

Y no sólo eso, sino que se le vendrá el mundo encima como en los casos tan sonados que ocupan los principales titulares periodísticos en que el Juez manifiesta que no había nada suficiente para condenar y el Ministerio Público opina lo contrario.

Y esta controversia se resolverá con base, únicamente, en el uso que le dio el Juez a su Arbitrio Judicial. Entendiéndose como tal la libertad de decisión, pero sujeto a las pruebas existentes. Pero es aquí en donde se reconoce o no el recto criterio del Juzgador; y es aquí en donde se da a conocer un Juez bueno o malo, justo o injusto, pero sobre todo conocedor o ignorante del derecho; y con esta fama pública que él vaya labrando con el ejercicio cotidiano de su investidura, así tendrá que convivir durante su trayectoria Judicial y mas allá', pues su fama positiva o negativa le acompañará por siempre.

De aquí pues que debemos ser cuidadosos de nuestra labor jurisdiccional, no sólo por temor a ello, sino por deber constitucional conforme el Artículo 17 Párrafo II.

Y para precisar esta importancia de la valoración de las pruebas, tenemos en nuestro Código Penal del Estado el Artículo 333 que establece la exigencia de la motivación, que no es otra cosa que los razonamientos y consideraciones que deben ser lógicos, naturales y basados en conocimientos científicos cuando los haya y en las Máximas de la Experiencia y Jurisprudencia.

Acentuando dicho precepto que el Juez debe referirse concretamente a cada hecho y establecer cómo se comprueba este; es decir bajo qué indicios de prueba se demuestra con hechos y circunstancia la conducta delictiva atribuida al Imputado y que integra o no el tipo Penal conforme al Artículo 14 Párrafo II Constitucional, así como establecer si se integra la Responsabilidad Penal o Participación delictiva del Imputado en la comisión del delito atribuido según la acusación del Ministerio Público.

Y todavía va mas allá dicho Artículo 333, cuando exige que aparte de está valoración individual de cada hecho, con las pruebas pertinentes invocadas al efecto, debe el Juez en su sentencia hacer una conclusión, o sea un corolario en que motive en forma ya resumida, tanto la integración del tipo Penal como la Participación Social del Imputado en la comisión delictiva de que se trata.

Es obvio que los medios de prueba invocados y valorados deben ser obtenidos lícitamente, siguiendo las pautas procesales previamente establecidas en la Constitución y leyes aplicables al caso; tal y como lo establece el Artículo 14 Párrafo II de la Constitución y Artículo 331 del Código Procesal Penal del Estado.

Así, por ejemplo tenemos que no podemos invocar como sustento de una sentencia condenatoria, un medio de prueba ilícito u obtenido ilícitamente como sería el caso de una Prueba Pericial en Química hematológica sobre las huellas de sangre del cuchillo con que se lesionó a la víctima; si este instrumento punzo-cortante se obtuvo del domicilio particular del Imputado sin la respectiva Orden de Cateo. Ya que aquí se aplicaría el criterio de la Teoría del árbol del fruto envenenado que significa que todo lo que se derive de dicho medio de prueba

obtenido ilícitamente, serán ilícitos y no se podrán invocar como medios probatorios lícitos, ya que así lo expresa, además, tajantemente el Artículo 314 del Código Adjetivo Penal del Estado.

También, debe negar validez por faltarles el aspecto de seguridad y confiabilidad a las pruebas obtenidas con violación o alteración de los Derechos y Garantías fundamentales del individuo, como sería el caso de aquellas pruebas desahogadas con ausencia del Defensor o con violencia en el Imputado tratándose de su declaración, y cuando se declara a un Testigo pariente cercano del acusado y no se le prevenga de que puede negarse a hacerlo conforme el Artículo 335 y 336 del Código de Procedimientos Penales.

Por todo ello, el Juzgador deberá ser muy atingente para sopesar estas cualidades de cada medio probatorio y aceptarlo o rechazarlo, pero fundamentalmente; de lo contrario su resolución estará carente de fundamentación y motivación y expuesta a la crítica que le será adversa, con las repercusiones naturales ya explicadas y que tendrá que soportar el Juzgador.

Es natural que el que esto escribe, como Juez de Garantía en la actualidad que ejerzo me vea influido del Proceso Penal Oral; y les hable sobre la labor del juzgador desde la óptica de este Código, base legal del sistema Oral; pero ello es explicable y justificable, y además está fundado en la propia Constitución General de la Republica, pues así lo establece el Artículo I de dicho Código Adjetivo, cuando expone que el objeto del proceso Penal es: “encontrar la verdad histórica, garantizar la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto surgido por la comisión del delito”.

Todos estos objetivos son los exigidos también por la Constitución Federal en sus Artículos 1, 14 16 y 21 principalmente. Luego entonces, estamos en sintonía con el mandato constitucional.

Pero además, dicho Artículo de nuestro Código establece una característica novedosa que se ubica también como finalidad y que es restaurar la Armonía Social entre los involucrados (víctima e imputado) pero con absoluto respeto a los Derechos Fundamentales previstos en la Constitución Federal y Local y en los Tratados Internacionales celebrados por el Estado Mexicano.

Luego entonces, es ésta la característica distintiva del nuevo ordenamiento Procesal, ya no la imposición de una pena o medida de seguridad; ya no basta el terminar por terminar un proceso penal; sino que ahora se debe encontrar y actualizar que los agraviados con la conducta delictiva trátense ya del Acusado o de la Víctima, vuelvan a realizar su vida ordinaria que hacían antes y que las cosas vuelvan tal y como era su vida con anterioridad al delito.

Es esto lo que hoy se pretende como fin último de la resolución de un proceso Penal: Que en la medida de lo posible los intervinientes reanuden su vida cotidiana como si nada hubiera pasado. Claro que este es el ideal que se persigue; porque sabemos que la experiencia vivida no se borrará; más que quizás, con el tiempo, y eso, en ciertos casos en que el delito sea de los reparables en su resultado, porque si no es así, entonces se procurará con este Sistema que cuando menos queden las menos secuelas posibles. Y es a este fin trascendental al que tiende el nuevo Sistema Procesal Oral.

Por eso la labor del Juzgador será, ahora además, alentar ese final, cuando la conducta delictiva lo permita como lo establece el Artículo 199 del Código Adjetivo Penal: “ Desde su primera intervención , el Ministerio Público, o el Juez de Garantía invitará a los interesados a que lleguen a Acuerdos Reparatorios en los casos procedentes”.

De aquí que hoy la importancia de la actuación del Juez del fuero común, como es en el que me he desenvuelto y por ello es mi experiencia; pero ha sido modificada a esta nueva labor en beneficio de los interesados como dice el Artículo en comento. Claro que nos hemos topado con ánimos encontrados, sentimientos heridos, predisposiciones adversas a todo acuerdo que genere un arreglo. Lo cual es natural así como lógico, pues es normal entender que luego de la experiencia desagradable vivida, lo que menos desea la Víctima es favorecer de cierta manera al Imputado.

Pero es aquí donde entra la labor del Juzgador, no en hablar bien del acusado, no en favorecer al acusado, no en minimizar la conducta delictiva, sino en resaltar las bondades de un Acuerdo entre víctima y acusado y el de que serán ambos los beneficiados y nadie mas; pues el Juez sigue haciendo su vida normal; el Agente del Ministerio Público continúa desarrollando otras investigaciones y el Defensor se embebe en sus propios casos pendientes de resolver; pero el acusado y el ofendido si no solucionan bien su asunto y en armonía, entonces no podrán continuar con su vida normal que hacían antes de la comisión del delito.

De esta manera, la labor del Juzgador es esencial porque, exponiéndolo el propio Juez a quien las personas involucradas como protagonistas ven con mayor respeto y jerarquía que al Agente del Ministerio Público o el propio Defensor; tendrá una mayor penetración en el animo de la Víctima e Imputado. Pero también depende esta comprensión de la forma en que el Juez la exponga; y si este no esta convencido o no le pone interés y sólo lleva la audiencia como un asunto más, de trámite, es obvio que no tendrá el mismo efecto en los interesados o intervinientes. Pues como todos sabemos, lo que la gente quiere es que se le atienda personalmente por el Juez, aunque lo que éste le diga se lo puedan informar también los empleados del Tribunal o su propio representante. Ya que la gente se siente más confortada y satisfecha si se lo dice el Juez y no otro individuo por muy respetable que sea y sin menoscabar sus conocimientos jurídicos y el puesto que desempeñe.

Es conveniente resaltar la visión que de todo esto tengan los Tribunales de Segunda Instancia y de Amparo; porque si en los titulares de estos tribunales no hay esa predisponibilidad para comprender la verdadera naturaleza del nuevo proceso Penal Oral, entonces la labor del Juez de primera instancia se vera trunca, obstaculizada y sobre todo incomprensida; porque no debemos olvidar la gran importancia de la labor del Juez Natural, quien es el que está en contacto directo con las Partes Intervinientes, con la Víctima y además con los medios de prueba y órganos de prueba como los testigos peritos, desahogo de inspecciones; en el que el juzgador primigenio tiene ese contacto directo, ve sus caras, observa sus gestos que transmiten sentimientos de odio y aversión hacia la contraria, incluso hacia el mismo sistema de Procuración y Administración de Justicia.

La Reforma Procesal contenida en los Códigos y Leyes ya mencionadas, obviamente que respetó el Marco Jurídico Constitucional de la Carta Magna de México; por lo que bajo el Marco Jurídico que establecían los preceptos relacionados con el Proceso Penal y que son los articulados 16, 17, 18, 19, 20 y 21, se realizaron las Leyes innovadoras referidas, por lo que la opinión de los opositores a éste Sistema, en cuanto a que era Inconstitucional y de que inmediatamente se promoverían Juicios de Amparo contra la Inconstitucionalidad de las Leyes, harían que desapareciera este Sistema Procesal Penal Oral, por lo tanto resultó totalmente contradictoria.

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
<https://www.juridicas.unam.mx/> <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv> <https://revistas.juridicas.unam.mx/>
<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/>

En cuanto a los aspectos polémicos, que han despertado mayor interés y discusión en la ciudadanía, se encuentra el tema de las Medidas Cautelares que basadas en el Principio de Presunción de Inocencia para el Imputado, deben de aplicarse en forma excepcional. Esto es sólo cuando se demuestre debidamente con Medios Probatorios debidamente documentados en la Carpeta de Investigación. Lo cual produjo que algunos Imputados salieran en libertad a los pocos días de la comisión del delito aunque debidamente Vinculados al Proceso, esto es, no era una libertad absoluta, sino condicionada a determinadas restricciones como por ejemplo: presentarse periódicamente a la Autoridad, someterse a un Tratamiento de Desintoxicación, dejar de concurrir a un domicilio, no molestar o relacionarse con determinadas personas preferentemente las Víctimas y sus familiares o también otorgar una Garantía Económica.

Lo cual la sociedad Chihuahuense no lo aceptó de buena gana, en virtud de que se tenía y se sigue teniendo la cultura de la Prisión Preventiva, que significa que: todo el que delinque forzosamente debe de estar privado de su libertad y por lo tanto recluso en Prisión. Por lo que los primeros en denostar en contra de este sistema de Medidas Cautelares fueron los Medios Informativos de Prensa escrita, Radiofónica, Televisiva o a través de Revistas y Suplementos. Por lo que la sociedad comenzó a rechazar éste sistema por estimarlo sumamente benéfico a los delinquentes.

Pero tenemos que la Medida Cautelar de Prisión Preventiva, solamente se dejaba para los delitos que herían mayormente los sentimientos mas nobles de la Sociedad según la trascendencia del delito y los antecedentes de la personalidad del Imputado; pues no había ninguna restricción para el Juez de Garantía al aplicar o no la Medida Cautelar que él estimara conforme a su Recto Criterio aplicable al caso concreto; claro, siempre y cuando hubiera petición expresa del Ministerio Público en tal sentido.

Y como hubo una gran oposición social, se reformó la aplicación de la Medida Cautelar de Prisión Preventiva que implicaba la Privación de la Libertad del Imputado, se estableció una Reforma Legislativa, estimando que se debería de imponer forzosamente en ciertos delitos que obviamente eran los mas trascendentes como la VIOLACIÓN SEXUAL, el SECUESTRO, el HOMICIDIO DOLOSO; en consecuencia, ya no quedaba en todos los casos al libre arbitrio del Juzgador la imposición de la Medida Cautelar que considerara aplicable a su Recto Criterio.

Esto fue una trasgresión al Principio de Presunción de Inocencia base de este proceso, porque se estima que al estar recluso el Imputado ya esta sufriendo una pena anticipadamente y todavía se desconoce si va a ser condenado o no. Sin embargo se sublimó el interés personal, sobre el interés colectivo o social con el objeto de dar una sensación de seguridad y protección a la comunidad y además para combatir el índice de delincuencia que se fue elevando dramáticamente y trágicamente en nuestra comunidad estatal Chihuahuense.

Otro aspecto importante de este Sistema Penal Acusatorio Oral fue la innovación en el Procedimiento de Salidas Alternas de terminación del Proceso Penal; y que consiste básicamente en abreviar la terminación de una causa penal sin necesidad de recorrer las tres etapas del Proceso Penal Oral y que son Investigación, Intermedia y de Juicio. Creándose así las figuras jurídicas de **Acuerdo Reparatorio, Suspensión del Proceso a Prueba** y en cuanto al **Procedimiento Abreviado** este ya existía con otro nombre y estructura en el procedimiento tradicional escrito y se llamaba Juicio Sumario.

En cuanto al **Acuerdo Reparatorio** tenemos que éste se puede realizar desde el inicio de la Etapa de Investigación hasta antes de la terminación de la Etapa Intermedia, esto es, antes de dictarse el Auto de Apertura a Juicio Oral. Lo cual significaba que el Ministerio Público aun sin solicitar Imputación o Ejercicio de la Acción Penal, podía pedirle al Juez de Garantía una audiencia para realizar dicho Acuerdo entre los protagonistas, esto es Víctima e Imputado, debidamente asesorados por sus respectivos representantes que los son, el Agente del Ministerio Público y el Defensor respectivamente y en donde ante el Juez planteaban su acuerdo y el Juez lo aprobaba si reunía ciertos requisitos establecidos en la Ley para ello, como son: que el Imputado en delitos patrimoniales no haya realizado la conducta con violencia en las personas; la sanción corporal no exceda en su término medio aritmético de cinco años, entre otros requisitos. Y una vez expuestas las condiciones que se iban a cumplir por el Imputado a favor de la Víctima, se daría por terminado el Proceso Penal con Sobreseimiento con efectos de Sentencia Absolutoria y el beneficio para la Víctima sería la satisfacción de su Reparación del Daño o la satisfacción para su seguridad física, de su familia o de sus bienes, y para el Imputado se terminaría dicho procedimiento rápidamente sin dejar Antecedente Penal en su contra.

Esta Salida Alternativa del Acuerdo Reparatorio fue criticada en virtud de que a veces no se cumplían las condiciones y como consecuencia de ello el Procedimiento Penal se reiniciaba, pues se había suspendido mientras se daba tiempo para que se cumplieran las condiciones; y ello provocaba reiniciar después de algún tiempo con el consecuente efecto de que ya no se localizaran los medios de prueba o que los Testigos pues ya no recordaran detalles de los hechos delictivos o nos enfrentábamos con la desaparición de evidencias del delito, por el paso del tiempo.

En cuanto a la Salida Alternativa de la Suspensión del Proceso a Prueba, también terminaría con un Sobreseimiento en caso de que se cumplieran las condiciones pactadas por la Víctima y el Imputado, solo que en este caso en la causa penal debía de existir ya el Auto de Vinculación a Proceso (el anterior Auto de Formal prisión) y no como en el Acuerdo Reparatorio en que no era necesaria ésta actuación judicial. También se exigían ciertos requisitos más gravosos para el Imputado que quisiera someterse a este procedimiento rápido de terminación del proceso; como lo son que la pena máxima de prisión no exceda de cinco años,

que no tenga Antecedentes Penales por delitos dolosos entre otros. Y también respecto a esta Salida Alternativa recibió las mismas críticas que el Acuerdo Reparatorio antes mencionado.

En cuanto a la Salida Alternativa de Procedimiento Abreviado que ha tenido mucha aceptación y como ya se expuso anteriormente, no es lo mismo que el Juicio Sumario del Procedimiento escrito, porque en éste se exigía confesión del Imputado y que no tuviera Antecedentes Penales dolosos. Y en el actual Procedimiento Abreviado no se exige ninguno de estos dos requisitos, por lo que puede ser por cualquier delito sea leve o grave y tenga o no Antecedentes Penales el Imputado.

Sin embargo, aun y cuando esta Salida Alternativa termina con Sentencia ya sea Condenatoria o Absolutoria y no con Sobreseimiento como las otras dos Salidas Alternativas enunciadas, tenemos que ha recibido críticas de la sociedad por el hecho de que se han realizado Procedimientos Abreviados en delitos de gran impacto social, considerando la crítica de la Opinión Pública que en esos casos no se les debe de dar ningún beneficio a los Imputados, dada su peligrosidad. Ya que, debo aclarar que este Procedimiento Abreviado puede implicar que el Ministerio Público solicite la aplicación de la pena mínima y en su caso hasta pedir una reducción de una tercera parte de la misma. Lo cual no es obligatorio sino opcional para el Ministerio Público, pero si ha servido como estímulo para que los Imputados acepten esta Salida Alternativa. Además, tenemos que esta Salida a diferencia de las otras dos, sólo puede pedirla el Agente del Ministerio Público y en aquellas otras dos lo puede hacer cualquiera de las Partes, de la Defensa o Ministerio Público.

Es importante mencionar a ustedes, para su debido conocimiento del desarrollo que ha tenido este Procedimiento Penal Oral, de Enero del 2007 a Septiembre del 2011, que se ha ido de menos a más, en el cúmulo de trabajo, pues en cuanto a audiencias se tuvieron en el año 2007, 1631, en cambio al día de hoy (7 de Septiembre del 2011) se han realizado ya 11, 277 y como advierten ustedes en estos ocho meses ya hemos realizado todas las que hicimos en todo el año del 2007, 2008 y 2009.

En cuanto a las causas penales consignadas ante el Juez de Garantía, se registraron 666 en el año 2007 y en el año dos mil diez recibimos 2,483; y en cuanto al presente año 2011 se han registrado 2,049 y como se advierte por Ustedes sólo han transcurrido ocho meses de este año; por lo que faltan cuatro meses en los que fácilmente se rebasará la cifra total del año anterior; pues probablemente lleguen a 1,025 más siguiendo la tendencia actual de consignación para sumar 3,074 causas, por lo que excederá al dos mil diez en 591 causas penales.

De la anterior estadística, se advierte la proliferación del trabajo Judicial, lo que ha provocado el aumento de plazas en Jueces de Garantía en el Distrito Morelos correspondiente a la Capital, que de doce que éramos inicialmente, ahora somos catorce a partir del primero de abril del año en curso.

la Cárcel y como este sistema Oral va en contra de dicha creencia, es por lo que se le critica acremente; aunado a la crisis delincriminal que azota nuestro Estado y partes de la República desde hace aproximadamente 6 años y que ha sido uno de los factores principales para que este sistema se haya reformado en perjuicio de su propia naturaleza como lo es la Presunción de Inocencia. Sin embargo, hay que tener presente que el Estado debe de reaccionar en forma eficaz y proporcional a la incidencia de conductas anómalas, en este caso, delictivas; y por ello es que ha impuesto obligatoriamente la necesidad de imponer Prisión Preventiva en los delitos de mayor impacto social, buscando dar esa sensación de seguridad y de abatimiento a la impunidad que tiene la comunidad Chihuahuense, pues así como se ha modificado la imposición de las Medidas Cautelales, concretamente la de Prisión Preventiva para imponerla “a Fortiori”, también tenemos que se ha ampliado el termino de la flagrancia en lo que se refiere a la cuasi-flagrancia, pues ya no sólo se puede detener a una persona inmediatamente después; sino mucho después, siempre y cuando reúna ciertos requisitos de persecución continua al Imputado.

Por lo tanto, concluyo esta breve exposición panorámica manifestando mi opinión de que este sistema aun con las modificaciones que hemos mencionado, es útil y sobre todo eficaz para la resolución de conflictos derivados del delito, así como sirve de instrumento dinámico para la agilización de la resolución final de las causas penales.



LIC. OCTAVIO ARMANDO RODRÍGUEZ GAYTAN
JUEZ DE GARANTÍA
DISTRITO JUDICIAL MORELOS, CHIHUAHUA, CHIH.
MAESTRO DE PENAL EN LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHIHUAHUA.

RESEÑA

¿INSTITUCIONES O MÁQUINAS IDEOLÓGICAS? ORIGEN, PROGRAMA Y ORGANIZACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

MANUEL ALCÁNTARA SÁENZ
INSTITUT DE CIÈNCIES POLÍTQUES I SOCIALS
BARCELONA 2004

RESEÑADO POR:
LIC. AVELINA MORALES ROBLES

INTRODUCCIÓN

El objetivo central de la presente reseña es la difusión respecto de la obra original del autor. El autor de la obra, Manuel Alcántara Sáez, es Catedrático de la Universidad de Salamanca en el área de Ciencia Política, coordinador del programa de Doctorado “Procesos Políticos Contemporáneos”, de la misma universidad, Doctor en Ciencias Políticas y en Sociología por la Universidad Complutense de Madrid 1983. Las principales líneas de investigación que ha trabajado son las siguientes: “Observatorio de partidos políticos de América Latina”; “Balance de los procesos electorales en América Latina 2006”; “Representación y gobernabilidad en América Latina: estudio de la elite parlamentaria de la región” y “Programas, organización y estrategias electorales de los partidos políticos en América Latina”. Entre sus publicaciones, además de la que es objeto de reseña se encuentran: *Sistemas Políticos de América Latina (Vol. I y II)* y *Gobernabilidad, crisis y cambio*²⁵²

El libro objeto de la reseña es resultado de investigaciones que el autor ha venido desarrollando a lo largo de la última década, en esta obra muestra mediante una serie de diferentes análisis el complicado funcionamiento de los partidos políticos en los países de Latinoamérica. Dicho análisis es desarrollado en base a la conjugación/combinación de la literatura clásica y de las nuevas líneas teóricas que giran en torno a los estudios de los partidos políticos.

I. RESUMEN EXPOSITIVO DE LA OBRA

Este libro se articula por medio de cinco capítulos. En el primer capítulo el autor presenta el concepto de partido político (el cual utiliza en el planteamiento y desarrollo de la investigación), el escenario en el que se encuentran los partidos latinoamericanos y los objetivos generales del libro.

El Concepto de Partido Político que plantea el autor incluye diferentes líneas teóricas entre ellas las de Burk, Downs y Sartori -esto permite que, el concepto sea global, sumando además una definición corta de régimen político para así atender aspectos teóricos clásicos y contemporáneos:-

*“Se entiende por partido político el grupo de individuos que, compartiendo ciertos principios programáticos y asumiendo una estructura organizativa mínima, vincula a la sociedad y al régimen político de acuerdo con las reglas de éste para obtener posiciones de poder o influencia mediante elecciones. Se entiende por régimen político el conjunto de instituciones expresamente formalizadas que regulan el ejercicio del poder político en la esfera pública”*²⁵²

²⁵²Información obtenida, el mes de agosto de 2011, en la página de la Universidad de Salamanca: <http://campus.usal.es/dpublico/areacp/cv.htm>.

Concepto de partido político, Alcántara 2004 p.30

En lo referente al escenario general en el que se encuentran los estudios sobre los Partidos Políticos, el autor cita tres momentos:

- Primero, la base de los partidos políticos esta fincada sobre democracias débiles;
- segundo, la proliferación de estudios sobre sistemas políticos y el reza-go de los estudios sobre el partido político;
- tercero, es la última década porque en ella se empiezan a generar estudios en los que se vuelve a la línea de aspectos que tienen que ver con la organización interna de los partidos.

Para finalizar este primer capítulo, el autor plantea los ejes temáticos u objetivos, los cuales se pueden resumir en los siguientes puntos: Identificar los factores que explican las diferencias organizativas de los partidos políticos; construir tipologías de los partidos y crear unidades de observación de trabajos más amplios de política comparada.

En el segundo capítulo, el lector se encontrará con la evolución de las grandes líneas temáticas en el estudio de los partidos políticos que fueron producidas a lo largo del siglo XX, además de la propuesta del estudio de los partidos latinoamericanos (que el autor considera como relevantes) que quedan clasificados de acuerdo a los criterios que Alcántara selecciona para dimensionar el nivel del éxito electoral.²⁵³

Las líneas temáticas que muestra el autor son las que a principios del siglo XX marcaron la teoría sobre los partidos políticos. Para lo cual, Alcántara presenta las ideas de diferentes autores como: Ostrogorski, reivindicando separar y diferenciar las formas políticas de las fuerzas políticas; Michels, en su obra señalaba explícitamente, que el estudio y el análisis de los partidos políticos constituiría una nueva rama de la ciencia política y de la sociología aplicada; Weber, enfatizó el carácter de los partidos como formas de socialización efímera o de cierta supervivencia, apareciendo como asociaciones de toda clase y también se refirió a los partidos como una organización; Duverger, dedica una atención prioritaria a lo

²⁵³El universo de estudio que es planteado por el autor, es el conjunto de partidos estimados como significativos al finalizar el año 2000, esto es la consecuencia de su actividad a lo largo de la década de 1990 de acuerdo a los siguientes cinco criterios no acumulativos: 1) La selección de un número de partidos para cada país que guardara cierta proporcionalidad con la media del número efectivo de partidos, de cada uno de los países latinoamericanos para dicha década; 2) que el partido objeto de estudio tuviera cierta representación en el Poder Legislativo al menos durante dos periodos legislativos en el lapso considerado; 3) que el partido tuviera un apoyo electoral medio superior al 5 % a nivel nacional; 4) que el partido tuviera una representación homogénea en todo el ámbito nacional, o una representación regional que lo llevara a ser el partido más fuerte en más de una circunscripción; 5) ser partidos que contarán efectivamente, en un momento u otro en la política nacional, bien por su capacidad de chantaje o bien porque representan a sectores señalados de la población.

que denominaba la estructura de los partidos, refiriéndose a tres niveles básicos: el propiamente institucional, los relativos a los miembros y la dirección del partido; Weimar, hace referencia a la constitucionalización de los partidos mediante una visión más normativa y es realmente que tras dicha constitución tomó vigor la expresión y el concepto de “Estado de Partidos”, basada en la democracia de los partidos y logrando el reconocimiento por el Derecho Constitucional.

Para Alcántara el proceso de movilización social que se da de forma paralela al desarrollo teórico, hace que los partidos políticos tomen un posicionamiento derivado de la imponencia de la democracia directa donde los factores más sobresalientes fueron: la centralidad de las elecciones y la ampliación a grandes sectores de la población política; las campañas electorales conformadas por un sistema de comités y, por último, la opinión pública que fue uno de los factores que contribuyó a llenar el espacio vacío existente entre los distintos periodos electorales.

Las aproximaciones al estudio de los partidos políticos que plantea el autor se integran por cinco métodos: aproximación histórica; aproximación estructural; la aproximación del comportamiento; aproximación sistémica-funcional y, finalmente la aproximación ideológica. Estas cinco aproximaciones conforman categorías con las que plantea una tipología ideal de partidos que le permite plantear una nueva teoría de partidos políticos.

El modelo para el estudio de los partidos políticos latinoamericanos dentro del contexto que maneja el autor, establece tipologías de carácter estructural (este carácter permite una visión institucional del partido político) sobre la base de nuevos elementos que va desarrollando a lo largo de los capítulos del libro, los casos para el análisis que presenta se describen en el siguiente cuadro:²⁵⁴

PAÍS	PARTIDO
Argentina	Frente del País Solidario (FREPASO), Partido Justicialista (PJ), Unión Cívica Radical (UCR)
Bolivia	Acción Democrática Nacionalista (ADN), Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), Movimiento Nacionalista Revolucionario (MNR), Unión Cívica Solidaria (UCS)
Brasil	Partido Democrático Trabalhista (PDT), Partido da Frente Liberal (PFL), Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), Partido dos Trabalhadores (PT)
Chile	Partido de la Democracia Cristiana (PDC), Partido por la Democracia (PPD), Partido socialista (PS), Renovación Nacional (RN), Unión Demócrata Independiente (UDI)
Colombia	Partido Conservador (PC), Partido Liberal (PL)
Costa Rica	Partido Fuerza Democrática (PFD), Partido Liberación Nacional (PLN), Partido de Unidad Social Cristiana (PUSC)
Ecuador	Democracia Popular (DP), Izquierda Democrática (ID), Partido Roldosista Ecuatoriano (PRE), Partido Social Cristiano (PSC), Movimiento Pachakutik Nacionalista (MUPP)
El Salvador	Alianza Revolucionaria Nacional (ARENA), Frente Farabundo Martí para la Liberación (FMLN), Partido de Conciliación Nacional (PCN)
Guatemala	Frente Democrático Nueva Guatemala (FDNG), Frente republicano Guatemalteco (FRG), Partido de Avanzada Nacional (PAN)
Honduras	Partido Liberal Hondureño (PLH), Partido Nacional Hondureño (PNH)
México	Partido Acción Nacional (PAN), Partido Revolucionario Institucional (PRI), Partido de la Revolución Democrática (PRD)
Nicaragua	Frente sandinista de Liberación Nacional (FSLN), Partido Liberal Constitucionalista (PLC)
Paraguay	Partido Colorado (ANR-PC), Partido Liberal Radical Auténtico (PLRA)
Panamá	Partido Arnulfista (PA), Partido revolucionario Democrático (PRD)
Perú	Cambio 90, Partido Aprista Peruano (PAP), Unión por el Perú (UPP)
Rep. Dominicana	Partido de la Liberación dominicana (PLD), Partido Revolucionario Dominicano (PRD), Partido Revolucionario Socialcristiano (PRSC)
Uruguay	Encuentro Progresista-Frente Amplio (EP-FA), Partido Colorado (PC), Partido Nacional (PN), Nuevo Espado (NE)
Venezuela	Acción Democrática (AD), Comité de organización Política electoral Independiente (COPEI), Movimiento al Socialismo (MAS), Movimiento V República (MVR), Proyecto Venezuela (PV)

El modelo de análisis planteado por el autor consta de tres dimensiones que tienen un componente sistémico y un carácter estructural: el origen, el programa y la organización interna. La elaboración de un índice de partidos supone un intento de resumir el rendimiento de los partidos en la arena político-electoral a través del porcentaje medio de los votos alcanzados en los comicios legislativos celebrados durante la década de 1990, el número de veces que el partido ha obtenido la presidencia de la república sobre el total de los comicios presidenciales, el número de veces que el partido ha obtenido gobernaciones provinciales, estatales o departamentales sobre el total y, el número de veces que el partido ha obtenido alcaldías de ciudades superiores a un millón de habitantes sobre el total. El siguiente cuadro refleja las tres dimensiones que lleva a cabo el autor en la investigación con las variables que suponen cada uno:²⁵⁵

Origen:		
Fecha de origen	Momento originario	Naturaleza originaria
• Surgido antes de 1925 • Entre 1925-1949 • Entre 1950-1975 • Después de 1975	• Tipo de origen: Nuevo escisión, integración y, mixto. • Ubicación territorial: capitalino, regional nacional y, fuera del país. • Competencia electoral: sí o no. • Motivación: interna y exógena. • Organización de apoyo: sí o no.	• Tipo de liderazgo: personal-colectivo y, civiles-armados-militar. • Carácter: revolucionario, neutro y, reactivo.
Programa:		
Formalización del programa	Principios programáticos	Ideología
• Elaborado. • Semi-elaborado. • Nada elaborado.	• Neoliberalismo frente a estatismo. • Conservador frente a progresista. • Nacionalista frente a regionalista.	• Auto-ubicación: izquierda-derecha. • Ubicación de los otros: izquierda-derecha
Organización interna:		
Aspectos organizativos	Liderazgo	Entorno asociativo
• La estructura del partido: más bien continua, intermedia ó más bien electoral. • Partido de militantes vs partidos de electores: más militantes, medio ó más electores. • Nivel de infraestructuras: bajo, medio y, alto. • Nivel de vida partidista: bajo, medio y, alto. • Origen de la financiación: del candidato, mixto y, del partido.	• Papel: poco influyente, neutro e, influyente. • Carácter: difuso, neutro y concentrado. • Relaciones de poder internas: verticales, mixtas y, horizontales. • Entusiasmo con que acata resoluciones: nada, poco, medio, algo y, mucho. • Democracia interna: baja, media, alta.	• Proximidad a agrupaciones externas.

²⁵⁵Ob. cit. pp. 60-61

En el capítulo tres el autor desarrolla la dimensión que hace referencia al origen de los partidos políticos (primera dimensión de acuerdo al cuadro anterior), pretende generar una clasificación para después compararla con las teorías clásicas de partidos con el fin de presentar ciertas relaciones de casualidad entre los elementos constitutivos sobre la dimensión de origen y determinar si puede ofrecer una tipología que responda al momento y razón del origen de los partidos. El autor para finalizar el capítulo en comento, explora las relaciones de casualidad existentes entre las variables y el rendimiento político-electoral de los partidos a lo largo de la década de 1990.

Dentro de la dimensión origen de los partidos el autor ubica como variables explicativas la fecha de origen, el momento originario y la naturaleza originaria. La correlación que se da con la fecha, el movimiento y la naturaleza de su origen permite al autor tener un panorama de los partidos para los efectos de su clasificación, de su relación con el sistema político nacional de que forman parte y del sesgo del tiempo de su surgimiento.

La tesis que presenta el autor sobre el origen de los partidos políticos latinoamericanos es que los partidos que surgen con liderazgo civil personal tendieron a contar con carácter neutro, la existencia de una organización de apoyo a la hora de fundar el partido influyó en el carácter que éstos mantuvieron, la asociación moderada manifiesta que los partidos que contaron con una organización de apoyo en su origen tendieron a tomar un carácter revolucionario y no neutro, los partidos que no tuvieron un origen electoral mantuvieron un carácter revolucionario, los partidos surgidos entre 1950 y 1975 lo fueron por escisión, mientras que los partidos surgidos entre 1925 y 1950 fueron mayoritariamente nuevos. La fecha de surgimiento de los partidos guarda relación con el origen electoral de los mismos, en el sentido de que los partidos que no tuvieron origen electoral fueron fundados entre 1925 y 1950, en cuanto al tipo de liderazgo es significativa la relación que mantiene con la existencia o no de una organización de apoyo de modo que los partidos que contaron con organización de apoyo en su origen mantuvieron liderazgos con personal armado y, los partidos que no tuvieron origen electoral poseyeron liderazgos del tipo colectivo armado.

En el capítulo cuatro, Alcántara trata lo referente a la situación actual de los partidos y basa su configuración exclusivamente, en opiniones de sus militantes;²⁵⁶ estas son complementadas con documentos programáticos de los propios partidos. El autor aborda tres elementos constitutivos de la segunda dimensión (la del programa) la formalización, los ejes programáticos y la denominada ubicación ideológica numérica del 1 al 10.²⁵⁷

²⁵⁶ Las opiniones de los militantes son en base a entrevistas personales que el autor llevo a cabo durante el periodo de investigación con los diferentes partidos políticos.

²⁵⁷ Donde el 1 corresponde a la extrema izquierda y el 10 a la extrema derecha.

La ideología y el programa quedan para esta dimensión equiparados en el mismo nivel conceptual entendiendo por tales, un conjunto internamente consistente de proposiciones que generan demandas sobre el comportamiento humano y que por lo tanto, tienen implicaciones con respecto a lo que es éticamente bueno y malo.

Según los resultados plasmados en la obra se puede observar que los partidos plenamente diferenciados en su programa y en su ideología, reflejan un mejor espacio de competencia política mientras que en los casos de menor o nula diferenciación suelen proyectar ausencias significativas en cuanto a la fuerza representativa con la que cuenta.

A lo largo del periodo de democratización de los sistemas políticos, los partidos de toda Latinoamérica han sufrido profundas mutaciones de carácter político-institucional y de contenido social o económico que se han reflejado en sus programas. Lo anterior, según el autor, se debe a dos factores: endógenos y exógenos, los primeros atienden a los aspectos más tradicionales, aquellos relativos a los liderazgos caudillescos y al especial sesgo que da a la relación entre los poderes del Estado, la forma de gobierno presidencialista y la corrupción. En cuanto a los segundos, por excelencia han sido el fracaso del socialismo real y la pérdida de un referente sólido ideológico y práctico para los grandes sectores de la izquierda latinoamericana.

Según los resultados del autor en esta segunda dimensión de estudio, son varios factores los que han llevado a que los partidos conlleven un cambio acelerado en sus lineamientos programáticos así uno de esos factores es el neoliberalismo, otro factor fue el cambio realizado en los propios textos constitucionales y el surgimiento de las leyes de partidos y las leyes electorales. Siguió la tendencia hacia la plena constitucionalización de los partidos y a la articulación de la representación política, casi de forma monopólica, a través de los partidos que se veían beneficiados en lo concerniente al reforzamiento de su disciplina interna y en el bajo carácter abierto y/o profesional de la legislación electoral latinoamericana, de estos cambios, el cambio más radical al que hace mención el autor, fue el avance en el seno de la democracia interna de los partidos.

Algunos de los resultados que muestra Alcántara en la obra le permiten matizar la supuesta crisis de los partidos (en la medida en que siguen manteniendo cierta fuerza político-electoral aun y cuando estos se ven sometidos a procesos electorales que exigen cierta presencia), esto invalida la tesis genérica del rechazo de los electores cuyas cifras de participación no decrecen. La clase política sigue manteniendo las etiquetas sin buscar otro tipo de reacomodo. Estas etiquetas se han mantenido a lo largo del último cuarto del siglo XX con un alto índice de estabilidad, así como la élite dirigente de los partidos latinoamericanos, no cabe decir lo mismo de su programas que han debido adaptarse a problemas y cambios de los propios sistemas políticos en los que se encuentran inmersos.

En el último capítulo, el autor presenta ciertos aspectos relativos a la organización y la estructura interna de los partidos, mostrando una evidencia empírica acerca de las dificultades a la hora de llegar a tipificaciones sobre la base de criterios simples de clasificación. Un tipo ideal de organización (según el autor) demanda la combinación de dos órdenes de elementos: el primero, relativo a los aspectos estrictamente organizativos y, el segundo, concierne a las relaciones existentes entre el liderazgo del partido y sus bases. Otra de las características del ideal de organización requiere que el partido se encuentre próximo a las agrupaciones sociales de distinto carácter (social, cultural o económico).

El hecho extremo de que los partidos son instituciones con una estructura permanente, conformada por un nivel de infraestructuras alto junto con un nivel de vida partidista elevado (basado en reuniones frecuentes y comunicaciones fluidas), una decidida apuesta por extender su base de militantes y una capacidad recaudatoria por encima de la individual de los candidatos proyecta un modelo de partido. Este modelo es muy distinto de aquel articulado únicamente para afrontar las citas electorales, sin infraestructura ni vida partidista en el periodo no electoral, con el exclusivo objetivo de ampliar su base electoral y haciendo posar en los candidatos la posibilidad de la autofinanciación.

Los militantes entrevistados por el autor definen a sus partidos de forma mayoritaria como partidos de estructura continua (circunstancia que coincide con aproximaciones de carácter formal a su vida organizativa) además, los valores medios recogidos de sus respuestas muestran la existencia de diferencias muy pequeñas que apenas si pueden ser exploradas. Por otra parte, en este mismo bloque de elementos, se analiza la financiación del partido. Según el Autor, en América Latina predominan los modelos de financiación mixta (para este análisis el autor plantea a los entrevistados que sitúen a su partido en una escala en la que en un extremo se encuentra el papel del candidato individual y, en el otro, el papel del partido como agente capaz de conseguir recursos para las campañas políticas). La propia dispersión en las respuestas pone de relieve la poca claridad existente entre los militantes en este asunto, dejando como resultado la participación mixta para su financiación.

Con base a la variable de militantes frente a electores, la consideración por parte de los propios militantes latinoamericanos, sobre la estrategia de su partido como uno que busque una mayor y más extensa base de votantes frente a otro que cuenta con una afiliación numerosa, es ampliamente defendida por los entrevistados porque son más los casos de partidos que se inclinan por la primer postura que por la segunda. Es este aspecto, uno de los resultados que se ven plasmados en el trabajo del autor es que de los doce partidos definidos como de afiliados siete fueron considerados ideológicamente como partidos de izquierda y de los quince considerados como de electores, siete fueron definidos como partidos de derechas.

Respecto al liderazgo de los partidos políticos, el autor da con nuevas formas probablemente heredadas del caudillismo en claves de compadrazgo o padrino y de neopopulismo que admiten dos tipos de concentración o dispersión según su grado, en cuanto al primero, es único e individual, el segundo, lo constituyen grupos de conformación ideológico-programático teniendo un carácter de liderazgo colectivo. Algo menos de un tercio de los partidos que enmarcan el estudio, poseen un liderazgo nacional, esto quiere decir que el líder ejerce un papel sobresaliente a la hora de elegir los candidatos del partido para las elecciones nacionales lo que sigue siendo un factor que domina la importancia y el papel que juega un líder en los partidos.

Otro de los factores que se tratan en este capítulo es lo referente a la democracia y la disciplina interna de los partidos, los resultados conseguidos por el autor asumen que los partidos con un alto grado de democracia interna cuentan con militantes menos proclives a acatar las resoluciones del partido. Y para finalizar este capítulo, Alcántara maneja el elemento asociativo de los partidos políticos latinoamericanos, la proximidad a agrupaciones como las asociaciones profesionales, las empresariales y, las organizaciones religiosas que de acuerdo con los datos que arroja el trabajo realizado en la obra presentada mantienen altos niveles de relación entre sí, siendo que los valores medios que miden la proximidad subjetiva por parte de los militantes de los partidos analizados ideológicamente por los propios militantes permiten dar validez al significado de estos valores medios y, por lo tanto considera a estas agrupaciones; los partidos afines a asociaciones profesionales y empresariales podrían denominarse partidos orientados a actores no populares, todos los partidos que se encuadran en estas variables son considerados partidos de derechas y cuentan con un alto rendimiento político-electoral según los resultados que presenta el autor; en contraposición a esta situación se sitúan los partidos no orientados a actores no populares que según las encuestas aplicadas dan como resultado a los partidos de izquierda, los cuales mostraron un rendimiento político-electoral bajo.

II. COMENTARIO CRÍTICO

Nos podemos dar cuenta que las democracias actuales son democracias de partidos, por lo tanto, los partidos son parte importante para el desarrollo democrático de cualquier país, sin embargo, estos siguen sin tener un protagonismo en la literatura especializada. Este trabajo hace una aportación interesante al mostrar el diseño y la naturaleza institucional de los partidos políticos en la actualidad. La dinámica de los partidos los mantiene en evolución constante, sin embargo -en lo personal- se genera la cuestión ¿Realmente estas instituciones generan gobiernos democráticos? Sin dudarlo, los partidos políticos son necesarios y mediante trabajos como el que presenta Alcántara pueden ayudar a visualizar los límites que también necesitan estas instituciones para mejorar las contiendas político-electorales.

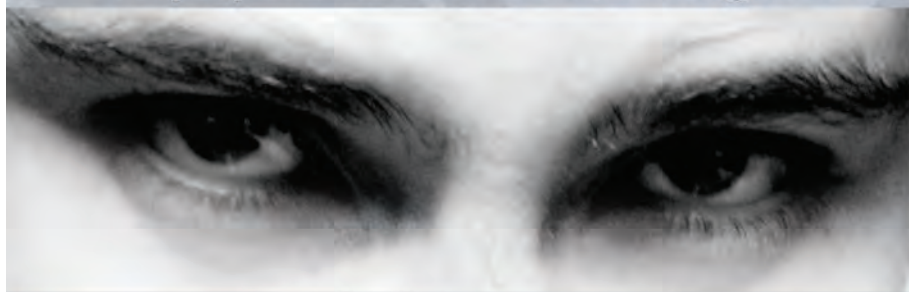
CONCLUSIONES

La obra reseñada es más que nada un estudio, resultado de una investigación que el autor llevó durante aproximadamente cinco años, en ella se maneja un nivel técnico propio de las áreas de las ciencias políticas y sociales por lo que hace que la obra vaya dirigida a estudiantes, investigadores y/o profesionales en temas como: Sistemas políticos, partidos políticos, gobernabilidad y democracia. Puede ayudar a visualizar el panorama actual de los sistemas de partidos en América latina desde diferentes ópticas: desde sus propios programas y diseños, desde el punto de vista de sus afiliados y sus estructuras de liderazgo o mando; también por la naturaleza en que fue originado el partido.

2° Concurso de Ensayo



Elecciones y Democracia: el papel del Canal del Congreso



Dirigido a estudiantes, profesionales de la comunicación y público en general.

Categoría A:
Personas de 16 a 24 años

Premios para cada una de las categorías:

Categoría B:
Personas de más de 24 años

1er lugar:	30 mil pesos
2o lugar:	25 mil pesos
3er lugar:	15 mil pesos

Para consultar las bases visita:

www.canaldelcongreso.gob.mx
www.coneicc.org.mx
www.xoc.uam.mx
www.udg.mx

Cierre de convocatoria:

31 de marzo de 2012



Madrid No. 62, PB, Col. Tabacalera, C.P. 06030, Deleg. Cuauhtémoc, México, D.F. Teléfono: 5130-1506

DISEÑO EDITORIAL Y PORTADA
Lic. Verónica Gallosa Hernández