



Ius Comitiālis

ISSN en trámite

Año 1
Núm.

1

enero-junio 2018



Universidad Autónoma
del Estado de México



Universidad Autónoma del Estado de México

EQUIPO EDITORIAL:

Director: Joaquín Ordóñez
Editor: Lucio Ordóñez Huerta
Asistente editorial: Adriana Guadarrama Chaparro
Corrección de estilo: Erika Mendoza Enríquez y Marlenne Astrid Pichardo Colín
Diseño: Ixchel Díaz Porras y Berenice Lara Ramírez

CONSEJO CIENTÍFICO:

Alioune Badara Fall, Université Montesquieu, Bordeaux IV, Francia.
Ernesto F. Garzón Valdés, Johannes-Gutenberg Universität, Alemania.
Gianfranco Pasquino, Università di Bologna, Italia.
José Francisco Jiménez Díaz, Universidad Pablo de Olavide, España.
Juan Pablo Micozzi, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México.
María Martín Sánchez, Universidad de Castilla-La Mancha, España.
Riccardo Guastini, Università degli studi di Genova, Italia.
Roderic Ai Camp, Claremont McKenna College, Estados Unidos.
Rodolfo L. Vigo, Pontificia Universidad Católica, Argentina.
Santiago Nieto Castillo, Universidad Nacional Autónoma De México, México.
Antonio Lazari, Universidad Pablo de Olavide, España.
Michele Taruffo, Università degli studi di Pavia, Italia.

COMITÉ EDITORIAL:

Alma de los Ángeles Ríos Ruiz, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
Enrique Uribe Arzate, Universidad Autónoma del Estado De México, México.
Eréndira Salgado Ledesma, Universidad Anáhuac, México.
Francisco Entrena Durán, Universidad de Granada, España.
Gabriela Fuentes Reyes, Universidad Autónoma del Estado De México, México.
Isaac de Paz González, Universidad Autónoma de Baja California, México.
José Alexander Herrera Contreras, Universidad Nacional Abierta y a Distancia, Colombia.
José Francisco Báez Corona, Universidad Veracruzana, México.
José Saúl Trujillo González, Unisabaneta, Colombia.
Juan de Dios González Ibarra, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México.
María Guadalupe Sánchez Trujillo, Universidad Anáhuac Mayab, México.
Mélaney Barragán Manjón, Universidad de Salamanca, España.
Olga Alcántara Francia, Universidad de Lima, Perú.
Ramiro Medrano González, Universidad Autónoma del Estado de México, México.
Suga Fumie, Hosei University, Japón.
Tamás Szabados, Eötvös Loránd University, Hungría.
Víctor Manuel Alarcón Olguín, Universidad Autónoma Metropolitana, México.
Wilson Hernández Breña, Universidad de Lima, Perú.
Carlos Alberto Suárez Arcos, Universidad de las Tunas, Cuba.

Ius Comitidis, vol. 1, núm. 1, enero-junio de 2018, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma del Estado de México, Instituto Literario núm. 100 ote., Colonia Centro, Toluca, Estado de México, C.P. 50000, Tel. +(52 722) 214-43-72 ext. 186, correo electrónico: iuscomitidis@uaemex.mx. Editor responsable: Joaquín Ordóñez Sedeño, Facultad de Derecho, Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2017-072110103300-203, ISSN en trámite, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Joaquín Ordóñez Sedeño, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, Cerro de Coatepec s/n, Toluca de Lerdo, Estado de México, C. P. 50110. Fecha de última modificación: 11 de junio del 2018.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido aquí publicado sin fines de lucro, siempre que no se modifique y se cite la fuente completa.

Hecho en México, Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM), todos los derechos reservados 2018.



Esta obra está bajo licencia Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0
International (CC BY-NC-SA 4.0)

CONTENIDO

- 4 El juez constitucional y su rol nomogenético
DIEGO ISAAC AMADOR MAGAÑA
- 21 Justicia y Estado de Derecho en la Constitución de Venezuela
CARLOS SIMÓN BELLO RENGIFO
- 40 Naturaleza de la Constitución de la Ciudad de México
JESÚS CASTILLO SANDOVAL
- 53 Pasos para una reingeniería del control judicial inmediato
para el fortalecimiento de la democracia
SILVIA ALEXANDRA ESQUIVEL DÍAZ
GABRIEL ESQUIVEL DÍAZ
- 75 El derecho humano al nombre en el Estado de México.
Un enfoque constitucional y convencional
RODOLFO RAFAEL ELIZALDE CASTAÑEDA
MARTÍN REYES JIMÉNEZ
- 98 Retos y perspectivas de los tribunales electorales
frente al paradigma de justicia abierta en México
RAÚL FLORES BERNAL
- 119 Partidos, ciudadanía y democracia. Una mirada desde
el último medio siglo argentino (1966-2017)
RICARDO DEL BARCO
AGUSTÍN GARCÍA FAURE
- 129 El Presidential Government: génesis y antropología del
presidencialismo a 150 años de distancia
RODOLFO TÉLLEZ CUEVAS
- 151 El libre comercio a la luz de los derechos humanos. Caso:
el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)
ALMA DE LOS ÁNGELES RÍOS RUIZ
- 161 Enfoques teóricos sobre la participación política ciudadana
y la democracia moderna
MARIO EZEQUIEL ORDOÑEZ HUERTA
- 175 Análisis histórico-jurídico del surgimiento de los órganos de
transparencia y acceso a la información pública de México,
Chile y Brasil
JOSÉ EDGAR MARÍN PÉREZ
- 191 El paradigma democrático liberal en México a luz de los
derechos humanos en el siglo XXI
JAIME DAVID FUNES SESMAN
JESÚS EDUARDO FUNES SESMAN

El juez constitucional y su rol nomogenético

The constitutional judge and his nomogenetic roll

DIEGO ISAAC AMADOR MAGAÑA*

Resumen

Este artículo trata sobre los conflictos constitucionales que han tenido cabida en México durante 1917. Desde entonces, no se explicó de manera clara y suficiente el papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), por el contrario, con la reforma de 1994, misma que realizó un cambio en la estructura de la Corte, ésta ha tomado un papel fundamental en la aceptación del rol nomogenético, en donde suplanta al legislador precario y crea vínculos en la interpretación constitucional para armonizar el diálogo entre gobernado, gobierno y Constitución. El juez constitucional y convencional representa un rol importante en la democracia, así, se puede apreciar en la sentencia de Castañeda Gutman vs. México, donde se amplió el acceso a la justicia como parte de los derechos políticos; en “La última tentación de Cristo” vs. Chile, en la cual el juez interamericano suprimió una norma constitucional y en el caso emblemático del juez constitucional utilizando el rol nomogenético en las revisiones de amparo por parte de la SCJN. Por ello, es necesario revisar la función del juez constitucional dentro de la democracia constitucional a través del uso del rol nomogenético.



Esta obra está bajo licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International (CC BY-NC-SA 4.0)

Palabras clave

Funcionario público, Derecho constitucional, Diálogo, Democracia.

Abstract

The present work tells us about the constitutional conflicts that have taken place in Mexico in 1917. Since its inception, the role of the Supreme Court of Justice of the Nation has not been explained clearly and sufficiently, the SCJN on the contrary with the reform of 1994, which made a change in the structure of the Court, has taken a fundamental role in the acceptance of the nomogenetic role, where it supplants the precarious legislator and creates links within the constitutional interpretation to harmonize the dialogue between the governed, government and constitution. The Constitutional and conventional judge plays an important role in democracy. Thus we could appreciate in the sentence of Castañeda Gutman vs Mexico, where access to justice is expanded as part of political rights, and in the case of “The Last Temptation of Christ” vs Chile, in which the Inter-American judge suppressed a constitutional norm: Another emblematic case where we can appreciate the Constitutional Judge using the nomogenetic role in amparo’s review by the SCJN; this is how we come to the point of seeing the function of the Constitutional Judge within constitutional democracy through the use of the nomogenetic role.

Key words

Civil servants, Constitutional law, Dialogue, Democracy.

LA SCJN EN 1917, ¿CUÁL ERA SU PAPEL?

Es claro que la historia constitucional mexicana no inició en 1917, la tradición constitucional que aún marca nuestro destino data del siglo XIX;¹ sin embargo, la lucha revolucionaria logró atraer cambios constitucionales para México, mismos que se volvieron fundamentales porque buscaban organizar a una nación que venía de un sistema dictatorial.

Tras este movimiento se logró promulgar la Constitución de 1917. Si apreciamos el panorama nacional de corrupción y falibilidad institucional, vemos que solo quedaron recuerdos de errores y de un Estado que trató de dar el siguiente paso hacia uno democrático y constitucional, pero que distó de serlo, si bien trajo estabilidad durante la mitad del siglo XX, la misma no ofrecía -como menciona Ugarte (2012)- mecanismos que sirviesen para la protección efectiva de los derechos de las personas. Dicha Constitución -más que un *corpus iuris* con contenido de derechos humanos- buscaba establecer las atribuciones del Estado, así como las facultades que tenía éste para “otorgar derechos”,² sin mencionar que hablar de derechos tenía una forma ambigua, tal y como lo es el Derecho a la educación, ya que el mismo texto no define cómo debe ser ni cuáles son sus alcances, pero sí menciona cómo tiene que impartirse por medio del Estado, dejando a un lado lo que es la educación en sí misma (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917).

La historia constitucional de México proviene de un movimiento social que motivó los cambios para este país. Ahora bien, la Constitución fue un avance para México y el mundo durante el siglo XX al reconocer los derechos sociales con rango constitucional,³ pero, según Oropeza (1998), el constituyente de 1917 no había sido generoso con los derechos humanos establecidos en 1857. No obstante, a ese

¹ El modelo general de control constitucional, el juicio de amparo y la forma de gobierno fueron reflejos locales de la tradición revolucionaria norteamericana. Parte de nuestra Constitución es copia de la Constitución de Virginia (el federalismo, la supremacía de la ley, la organización de la Corte Suprema). Aunado a ello, si tomamos en cuenta la existencia de la Constitución de 1856, veremos que tiene una historia diversa y hasta algunas situaciones accidentales. Véase: Fuentes Catón (2006), quien narra distintas facetas de lo sucedido durante la guerra de reforma y la llegada de Maximiliano a México.

² Antes de la Reforma Constitucional de 2011 se hablaba de que el Estado otorgaba garantías y todos los mexicanos disfrutarían de las mismas, haciendo énfasis en que el término “garantías” se utilizaba antes de la reforma como sinónimo de derechos y no como ahora se le conoce.

³ Recordemos que se suele hablar de una categorización, o mejor dicho, de una jerarquía de las normas, esto atribuido a Hans Kelsen, en virtud de hablarse de un sistema piramidal para la clasificación de la norma jurídica, ya que la norma constitucional tiene el más alto rango, por lo cual existe para ello, un principio de Supremacía Constitucional, principio que explica Arteaga Nava (2014) al referir: “Toda constitución, por el hecho de serlo, goza del atributo de ser suprema. Para poder constituirse requiere estar por encima de toda institución jurídica, es preciso que todo le sea inferior; lo que no lo es, de una u otra forma, es parte de ella. En lo normativo a nada se le reconoce como superior a ésta. Constituye, organiza, faculta, regula actuaciones, limita y prohíbe. Esto va con su naturaleza”.

avance constitucional, denominado Constitución de Weimar en Alemania —hermana de la Constitución de Querétaro— según Horn (1988), y la rusa de 1918, fijaron las condiciones de la nueva relación del proletariado con el poder político.

Por otra parte, la forma eficaz en que se llevaba a cabo la práctica constitucional dejaba entrever que la Constitución de 1917 tuvo valor político más que normativo, que si bien tenía el objetivo de organizar democráticamente y proteger los derechos como ciudadanos, no hizo más que “maquillar” ese autoritarismo militar que México vivía desde antes de 1917, como lo señala Ugarte (2012). En términos prácticos, este documento no cumplió sus objetivos planteados en su momento, porque estaba desapegado de la realidad jurídica que se vivía en ese año, ya que la falta de seguridad social, desigualdad y el desorden que dio origen al caudillismo dejaba a la Constitución como carta de buenos deseos; aunque debemos reconocer que la reforma agraria cardenista fue el único elemento social que edificó los derechos sociales de los campesinos al reconocerles carácter de sujetos. Sin embargo, la contrarreforma agraria de 1992 acabó con el ejido y permitió el desapoderamiento del territorio rural.

Bajo este contexto, es necesario reconocer que antes de la reforma de 1994 la SCJN tenía facultades limitadas frente a los conflictos constitucionales, es decir, no existían acciones de inconstitucionalidad, que permitieran realizar leyes contra la Constitución, pues el único medio de defensa era el amparo, siempre y cuando estuviera fundado y motivado, lo cual dejaba una pobre defensa de la Constitución frente a la autoridad del Legislativo o Ejecutivo, en el mejor de los casos. Tampoco se comprendía dentro de la Constitución y las facultades de la SCJN la controversia constitucional como ahora la conocemos; fue a partir de esa reforma que se restructuraron las funciones de la Corte, permitiéndole tomar un papel determinante en los problemas constitucionales gracias a las acciones y controversias, siendo dinámica en la solución de conflictos políticos, competencias y de otra índole que iniciaban en las cámaras del Congreso de la Unión y esperaban una solución y posicionamiento de la Corte; y es aquí donde inicia el rol nomogenético en sus primeras formas.

En 2017 los cambios constitucionales se han generado a partir de las decisiones internacionales y la entrada de México a un sistema internacional de los derechos humanos, derivado de la reforma de 2011, en donde el texto constitucional cambia y se hace una transición de un Estado que “otorga derechos” a otro que “reconoce derechos”⁴ (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2017); siendo uno de los avances significativos en pro de los derechos humanos que ha realizado México en casi un siglo. Esto no quiere decir que se ha hecho todo bien, pues después de un siglo de la promulgación podemos hablar de la falta de identidad constitucional, o peor aún, de una anarquía constitucional, ya que el texto parece ser claro, pero durante los juicios constitucionales y sus sentencias deja de serlo.

¿De qué hablamos al referirnos a esa identidad y anarquía constitucional? La identidad constitucional como concepto teórico y normativo implica un entendimiento de las nuevas ideas del derecho constitucional y su estructura, no es un tema que nace de la nada, su origen se da en Europa a través de un tratado internacional, mientras que la doctrina europea y estadounidense por medio de la

⁴ Véase Artículo 1 Constitucional de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

interpretación de sentencias y estudios que realizaron autores como Gary Jaffrey Jacobsohn en Estados Unidos o José Luis Martí en Europa, los cuales marcaron las pautas para el estudio de la identidad constitucional.

Con base en lo anterior, primero hablaremos del concepto normativo, éste proviene de la época del tratado de Maastricht, mismo que establecía, como principio rector, la idea de protección a la identidad constitucional de cada Estado, y con el tiempo se reformó a identidad nacional; este concepto, de acuerdo con Saiz Arnaiz y Alcobarro Llivina (2013), establece que dentro del Tratado de Lisboa (ejemplo de una integración constitucional en Europa) podemos encontrar codificada una cláusula de identidad constitucional nacional que es aparejada por las cortes locales y el contenido de sus decisiones; dicha cláusula puede verse reflejada en sentencias, como el caso de Solange I y II; sin embargo, la identidad constitucional se explora desde diversos puntos en la ciencia del Derecho constitucional; tal y como refiere Carnota (2015), es necesario verla no solo como una ciencia, sino como un todo cobijado por la cultura, por ello, es necesario analizarlo desde su entorno doctrinal, partiendo desde diferentes componentes de esta doctrina.

En consecuencia, la identidad constitucional está conformada por diferentes presupuestos, entre ellos: la cultura de un pueblo o de una comunidad, su lengua, su historia y otros factores que intervienen en un Estado; no solo es un núcleo duro, como lo menciona Martí (2013), quien establece que la identidad constitucional se puede desviar en dos variantes, por una lado el cómo se identifica el pueblo con su Constitución —visión político-social— y por otro, la Constitución *per se*, que es el núcleo normativo que cobija la Constitución, pues si afirmamos que es un núcleo duro separado de la identidad del pueblo o viceversa pasaría lo que en el caso particular de México, en donde existe una evolución social, pero no jurídica, pues ésta última quedaría desfasa por las necesidades de la sociedad.

En tal caso, ese “núcleo duro” es evolutivo con la sociedad y pertenece a algo más allá de un *corpus iuris*,⁵ por lo que no debería verse con malicia la idea de reformar la Constitución. Si aplicamos lo anterior al caso mexicano, esto no tendría que ser un problema, pues según Ragone (2012), la reforma constitucional es un instrumento de dos caras, una como mecanismo de modificación y otra como instrumento político, esto con relación a lo que manifiesta Sagües (2016) sobre la “Constitución Viviente”, nos permite afirmar que la reforma es un ejercicio sano para mantener un diálogo democrático⁶ entre el pueblo y la Constitución, quedando en ésta la identidad del pueblo, fortaleciendo y continuando así con la identidad constitucional mexicana.

Ahora bien, la anarquía constitucional en la versión mexicana por primera parte podría aparentar un tinte caótico, dado que —como me he referido a que la identidad constitucional es un núcleo duro evolutivo que cambia con la sociedad y que está compuesto por la identidad de la sociedad, como las normas jurídicas

⁵ Para entender más sobre identidad constitucional véase Jacobsohn (2010).

⁶ Hablar sobre diálogo democrático, no me refiero a una idea que únicamente se debe tomar como decisión democrática aquella por la que se ha votado, pues la justicia constitucional no solo aborda temas relativos a la cuestión electoral y la democracia, sino que la democracia y la justicia constitucional se amalgaman para hablar también de los derechos de las minorías. La democracia y el sistema electoral se compaginan, pero la democracia al igual que el derecho tiene una constante evolución. Véase: Tierney (2014).

contempladas en la Constitución— la anarquía constitucional en México surge porque de 1917 a 2017 las constantes reformas constitucionales, como la educativa, la del sistema de justicia penal, la de derechos humanos, la energética, la de telecomunicaciones y la del sistema político electoral han sido inútiles para armonizar el diálogo constitucional con el democrático.⁷ Es decir, la anarquía constitucional parte de un supuesto de ingobernabilidad de la Constitución, producida por un grupo de personas con autoridad suprema, al que llamamos Estado —como bien dice Wolff (1998)— que tienen la facultad de reformar y legislar con consecuencias para la sociedad, provocando el volver constitucional, “mentiras legislativas”, que solo se quedan plasmadas en papel, pero que en la práctica son de alto costo social, volcándose, en términos de Lassalle (2016), en un pseudoconstitucionalismo donde sobreviene un triunfo del abuso del poder absolutista frente a las necesidades constitucionales y sociales, donde la Constitución —más que un instrumento de gobernabilidad— se convierte en un instrumento para el desgobierno y los fines ajenos a su promulgación. Asimismo, hay que considerar como elemento de la anarquía constitucional el falseamiento de la misma, como lo afirma Sagües (2016), donde se modifican los valores de la Constitución y éstos no son *ad hoc* con la sociedad que gobiernan, y peor aún, con la expedición de leyes que van en contra de esta misma y que no son declaradas inconstitucionales. Son estos aspectos los que nos llevan a decir que la anarquía constitucional es el desgobierno de la propia Constitución y la ruptura de ella con la sociedad, donde la primera es solo un instrumento del uso del poder y no del gobierno.

Es aquí donde los jueces federales, tribunales colegiados y ministros de la SCJN han sabido canalizar situaciones en las que la sociedad exige ser oída y tomada en cuenta, pues la mala planificación de las reformas constitucionales para mantener viva la Constitución vuelve a la misma, un tren de consecuencias negativas para la sociedad, donde los jueces son los ingenieros que tratan de reparar el problema que tuvo origen en la sala de máquinas, es decir, en el Parlamento.

La voz del juez constitucional es protagónica porque será él quien tenga la última palabra en materia de constitucionalidad, en sus pronunciamientos contra leyes y actos de la autoridad. Es el árbitro entre la Constitución y el poder, lo cual resulta de la ineficacia de llevar a la práctica dichas reformas constitucionales, pues de acuerdo con The World Justice Project,⁸ México tiene altos índices de corrupción y baja calificación en los siguientes rubros: orden y seguridad, control del poder del gobierno, derechos fundamentales, justicia civil, justicia criminal, gobierno abierto al ciudadano y regulación forzosa.

En México la realidad constitucional y social son dos temas distanciados, generando así que la Constitución no sea un margen de gobernabilidad, pues al existir factores como la corrupción⁹ permiten que el ordenamiento sea vulnerado con facilidad, aunado a que la ciudadanía se confronta a diario con la autoridad y las decisiones tomadas con el Congreso de la Unión y demás poderes, tal es el caso de

⁷ Véase: Uribe (2015) y De Paz González (2015).

⁸ The World Justice Project es un portal disponible en internet cuya función es año con año informar tanto en su portal como por escrito los avances que realizan los diferentes países, esto en diversas áreas como lo es: corrupción, derechos humanos, apertura del gobierno, entre otros temas, mismo portal que nos permite analizar México, disponible en: <http://data.worldjusticeproject.org/#/groups/MEX>

la Reforma Energética, la Reforma Educativa e incluso la impunidad que genera en ciudadanos el nuevo sistema de justicia penal.¹⁰

Así, la Constitución de 1917 pretendía llevar mecanismos de control constitucional y democracia, empero en 2017 éstos han tratado de mantener el estado constitucional de derecho en orden, ya que los mismos hacen valer la justicia constitucional; en tal sentido, no todo lo realizado en la Constitución de 1917 ha sido un fracaso, aun cuando se necesitan cambios para ejercer un nuevo control que permita el fortalecimiento de la democracia.

MÉXICO EN EL SISTEMA INTERNACIONAL CON LA REFORMA DE 2011

En este apartado hay que limitarse a afirmar que se conoce el principio de convencionalidad, pues sería redundante explicarlo cuando el tema central de este artículo es referirse a la evolución constitucional que ha dado México, a la importancia de las decisiones constitucionales y al cómo la SCJN tiene un peso fundamental al tener un rol nomogenético.¹¹

La reforma del 10 de junio de 2011 tiene que tomar un rumbo material. Dentro de la historia que deviene de la reforma constitucional emerge el papel fundamental de la SCJN en las decisiones constitucionales que intervienen en la protección de los derechos humanos, dando quizá, en un sentido ambicioso, un aspecto de diálogo democrático entre el gobernado, la autoridad y la constitución misma. Por ello, es fundamental el estudio íntegro de las decisiones constitucionales que se emiten, además de analizar cómo otros tribunales garantistas, entre ellos la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH), han jugado un papel fundamental en la vida constitucional mexicana, pues han creado una última oportunidad para que las necesidades del ciudadano sean escuchadas, siendo entonces el Juez o Ministro a través de la sentencia un portavoz no solo de la Constitución, sino de las demandas del ciudadano ante su gobierno, mismas que permiten que se lleve a cabo una vida democrática, pues recordemos que en la democracia, además de las decisiones de la mayoría, existen también aquellas de la minoría, aunque algunas veces vulneradas y excluidas del juego democrático de la justicia constitucional.

⁹ Como los amañes de sentencias en juzgados de primera instancia, la falta de acción de los Ministerios Públicos que dejan salir a presuntos delinquentes a cambio de dinero, los desvíos de recursos para apoyar campañas políticas, el tráfico de influencias, del cual se han dolido, pues existe una presunción sobre el Poder Judicial y los familiares de funcionarios públicos operando en los juzgados, situaciones que terminan por salir de la esfera de la Constitución y trascienden a un problema social más allá de un problema que pueda resolverse con una sentencia o interpretación de derechos humanos. Estos conflictos son de escala social donde la corrupción diariamente azota a la sociedad.

¹⁰ La reforma energética, por ejemplo, generó descontento a la ciudadanía mexicana, pues desembocó en una consulta popular, de tal modo que se busca revertir la reforma. Véase: Revisión de Constitucionalidad de la Materia de una Consulta Popular 3/2014, derivada de la solicitud formulada por José de Jesús Zambrano Grijalva, representante común de diversos ciudadanos. Versión Taquigráfica del Pleno de la SCJN, 30 de octubre de 2014.

¹¹ Más adelante se expondrá el tema con mayor claridad, por el momento solo se hace una mención.

A continuación se exponen cuatro casos donde podemos apreciar la aplicación en el ámbito nacional y supranacional del rol nomogenético, en los cuales su aplicación práctica conllevó a modificaciones dentro de los ordenamientos internos; dos casos por parte de la SCJN y dos de la Corte Interamericana éstos nos permiten apreciar el sustento empírico de los jueces:

1. El primero proviene de la Corte Interamericana: se puede observar en el caso *Castañeda Gutman vs. México*, esta sentencia con fecha 6 de agosto del 2008 resulta ser un parteaguas en la historia del derecho mexicano, sobre todo en el área de los derechos civiles y políticos.

Si bien el Estado mexicano en la presente sentencia de la Corte Interamericana argumentaba que la solicitud de Castañeda Gutman para participar en el proceso electoral 2006 era extemporánea, la Comisión Interamericana demuestra que existe una violación al derecho de acceso a la justicia por parte de México. La Corte en esta sentencia asume un rol nomogenético para ser el puente dentro del diálogo democrático entre gobernado, gobierno y Constitución, pues solicitaba, mediante su sentencia, que México diera un recurso efectivo para la protección de los derechos políticos electorales, aunque la Comisión explicaba no solo la falta de un recurso efectivo para la protección de derechos políticos, sino también que el tener candidaturas por medio de partidos era violatorio de la convencionalidad. Finalmente, esto fue desestimado por la Corte, pues los derechos políticos para la IDH no son absolutos, lo cual significa que pueden tener restricciones.

Como se observa, la legislación mexicana en materia de derechos políticos (en especial candidaturas independientes, la cual era inexistente en su momento) es desigual y violatoria de preceptos convencionales por falta de un recurso efectivo y sencillo que permitiera la protección de estos derechos (*Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, 2008). En este caso, la Corte sentencia y asume ese rol nomogenético necesario para obligar a México a reformar de manera fundamental su legislación para la adopción de mecanismos efectivos de protección a los derechos políticos.

Es así como la Corte Interamericana, a través de una sentencia condenatoria, toma un papel fundamental, a través del cual crea un vínculo necesario en su sentencia para reforzar el ejercicio democrático mexicano, dando pauta a la protección de los derechos políticos, debido a que no solo se crea un juicio para la defensa de los derechos político electorales, sino que instaura candidaturas independientes en México, siendo esto último voluntario por parte del gobierno para los ciudadanos. Lo anterior representa una armonización dentro de la legislación mexicana y su gobernado, mediante un mecanismo internacional se logra poner de manifiesto este fenómeno.

2. Tal como lo establece Castañeda Hernández (2015), la Contradicción de Tesis 293/2011 resuelta por la SCJN es un caso fundamental, pues se aclara sobre la jerarquía de las normas entre la Constitución y los Tratados Internacionales.

Esta Contradicción de Tesis presenta a México el debate de dos criterios que asumen que los tratados de derechos humanos tienen un nivel jerárquico, donde por un lado se tiene un rango supra-legal, pero infra-constitucional y por otro, un rango constitucional (Castañeda Hernández, 2015). En ese orden de ideas, la SCJN crea

un diálogo democrático al resolver como Tribunal Constitucional, porque suscribe tratados con contenido de derechos humanos, siendo éstos los que México está obligado a respetar y garantizar en su totalidad; sin embargo, el diálogo que presentaba México era restrictivo por la calidad de estos tratos internacionales —actualmente como sabemos los tratados de derechos humanos tienen valor constitucional y se vela por su protección y garantía, salvo casos excepcionales—, donde no se les daba el alcance constitucional bajo pretexto de la supremacía constitucional. No obstante, la Corte en su resolución medió ambas caras para determinar que los tratados tienen valor constitucional en materia de derechos humanos, aunque la corte también afirma restricciones ante el ejercicio de los mismos, mediando lo que el pueblo reclama constitucionalmente y lo que el Estado demanda ante su soberanía constitucional.

3. El caso de la omisión legislativa versa sobre la reforma al artículo 134 de la Constitución, una asociación civil llamada Artículo 19, quienes plantearon que, tras la reforma a la Constitución, el Congreso de la Unión se ha olvidado de emitir la ley derivada de la reforma en la cual se regula el presupuesto federal para evitar la discrecionalidad del Poder Ejecutivo en el gasto del presupuesto federal (SCJN, 2017).

La Corte asumió un rol nomogenético donde se percató de la omisión legislativa y en uso de sus facultades ordenó al Poder Legislativo a que expidiera la ley en cumplimiento del mandato Constitucional; dicha aplicación directa del rol nomogenético por parte de la SCJN marcó una pauta en la historia constitucional mexicana, pues ésta entiende la falta de la ley y al asumir un papel de legislador insertó desde su agenda constitucional un tema omitido en la agenda legislativa para la protección directa de la Constitución, si bien es cierto que en primera instancia el amparo fue desestimado, durante su revisión la SCJN ejerció sus facultades en aras de ser quien custodie la Constitución.

4. “La última tentación de Cristo” vs Chile es uno de los casos donde podemos ver el rol nomogenético interamericano en su máxima expresión, pues tras la censura del filme “La última tentación de Cristo” la Corte IDH se percató de violaciones a la convención americana en los artículos 13 (libertad de expresión y pensamiento), 1.1 y 2 del instrumento internacional.

La Corte IDH analiza que la Constitución chilena en su artículo 19, número 2, establece una prohibición, la cual se traduce en censura. Luego del análisis de los derechos determina que existe una violación a la convencionalidad por parte del Estado Chileno, donde la no adecuación de su derecho interno a la convencionalidad es un quebrantamiento a sus obligaciones positivas; por lo que al asumir su rol nomogenético, la Corte IDH ordena la supresión de una norma constitucional chileno, siendo un efecto legislativo el que tuvo la sentencia, pues logra suprimir la censura en aras de proteger la libertad de expresión y pensamiento (Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Chile, 2001).

MÉXICO Y EL ROL NOMOGENÉTICO EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO

Hablar del rol nomogenético podría llegar a ser complicado si se une con la idea de democracia constitucional, pues podríamos afirmar que la invasión dentro de las decisiones ciudadanas y/o decisiones realizadas por los Congresos legislativos, a efecto de revisar esas decisiones y cambiarlas por un aspecto que no vulnere derechos humanos, podría suponer un argumento agresivo el que asumen las cortes que violenta la misma democracia.

El rol nomogenético,¹² como tal, puede ser una herramienta dentro de la hermenéutica jurídica y más aún de suma importancia dentro de una democracia constitucional establecida o en proceso. Esta herramienta o técnica permite al juez constitucional tomar un papel importante para tomar decisiones en la vida política y social de un Estado, pues este rol le da la facultad a los Tribunales Constitucionales de asumir una función de legislador y a su vez administrador de la justicia; este rol en México tiene su fundamento constitucional y se ha aplicado a lo largo del tiempo, dándole así al juez constitucional una función más allá de un simple administrador de la ley, quien hace cumplir no solo lo escrito, sino profundizar y hacer una justicia constitucional efectiva encaminada a la democracia constitucional e identidad constitucional de su Estado, pues como dijimos, México entra en una nueva etapa con la reforma de 1994 al traer la acción de inconstitucionalidad y controversia constitucional, reforzándose con la reforma de 2011, la cual permite hacer un análisis más allá de lo técnico jurídico.

En este sentido, el rol nomogenético en México encuentra su fundamento en los artículos 1,¹³ 103,¹⁴ 105 y 107 de la Constitución porque en su conjunto éstos le permiten al juzgador realizar una función como verdadero protector de los derechos fundamentales y de la Constitución, ya que por medio de la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional y la declaratoria general de inconstitucionalidad, la SCJN realiza un análisis de las leyes votadas por los Congresos (siempre y cuando estas sean demandas, pues la Corte no puede actuar ex officio), generándose en ella una especie de legislador negativo,¹⁵ ya que tiene la facultad de decretar la inconstitucionalidad de alguna norma generada por el Legislativo e

¹² Véase: Sagües (2011).

¹³ El artículo 1 Constitucional en México refiere que todos los ciudadanos gozamos de los derechos humanos y el Estado los reconoce; sin embargo, en este mismo artículo se establece la obligación por parte de las autoridades a respetar, proteger y sobretodo garantizar los derechos humanos encontrados en el constitucionalismo mexicano, recordando que México también se somete a diversos tratados internacionales, lo cual enriquece su constitucionalismo, para leer textualmente el artículo de referencia. Véase: Artículo 1 en Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf

¹⁴ El artículo 103 tiene relación directa con los otros dos artículos (105 y 107), porque en su conjunto regulan la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional y el amparo. Estas tres figuras de protección constitucional son las que se adecuan al ejercer el rol nomogenético, pues son funciones constitucionales que tiene la SCJN.

¹⁵ Al referirme a legislador negativo, hago alusión a la idea de que el Legislador Positivo es aquel que se encuentra en el Congreso/Parlamento, pues él positivista las normas, luego entonces a contrario sensu el decretar su inconstitucionalidad sería una función negativa frente a la función positiva de creación de ley.

incluso en materia de amparo indirecto resolver sobre omisiones legislativas e insertarlas en la agenda política.

Estas funciones ayudan a la democracia e identidad constitucional al mantener la defensa constitucional eficiente dentro de un Estado, creándose así algo más allá que un Estado gobernado por el hombre, un Estado nomocrático,¹⁶ donde sea la misma Constitución la que dé los parámetros para una mejor gobernabilidad.

En México se tiene un sentido de democracia como “el gobierno de las mayorías”, ese sentido primitivo remarca la importancia que tienen los Tribunales constitucionales al hacer valer la protección de la Constitución y los derechos de las minorías, pues como dice Holmes (citado en Curcó Cobos, 2016): “Una Constitución es el remedio institucionalizado contra esa miopía crónica: quita poderes a mayorías temporales en nombre de normas obligatorias. Una Constitución es como un freno, mientras que el electorado es como un caballo desbocado”, esta problemática puede verse en los referéndums, plebiscitos y resultados electorales que no necesariamente gozan de verdadera deliberación democrática. También hay que tomar a conciencia que el ejercicio democrático debe, al igual que las constituciones, mantenerse vivo, es decir, si por un lado tenemos la idea de una Constitución viviente hay que considerar que todo acto jurídico es también un acto político, como lo expresa Sagües (2016), pues existe una relación intrínseca entre constitucionalismo y política y, por tanto una Constitución viviente sería aquella donde se amalgama el texto constitucional, la interpretación constitucional y la identidad constitucional, además de acompañarse con reformas constitucionales eficaces y eficientes que permitan la entrada de nuevos valores constitucionales que evolucionen con la sociedad, a través de esto mantendría la primera parte a salvo (conservar una Constitución vigente).

Por otro lado, una democracia viva implica desde luego brindar mecanismos de participación ciudadana efectivos y eficaces que abran el diálogo democrático, no solo por medio de la Constitución, sino a través de instrumentos políticos como los Referéndums Constitucionales,¹⁷ dado que con éstos se pretende dar una idea de una democracia activa, pero deliberativa, tomando en cuenta el núcleo duro de las constituciones y la identidad constitucional, dado que pensar que solo se puede lograr una decisión democrática votando en ciertos periodos de tiempo (como lo es el caso mexicano que sus ejercicios son limitados, pues versan en únicamente la elección de sus gobernantes en periodos de tres y seis años y, espontáneamente, algún ejercicio de consulta popular, pero estos son raros en la práctica) sería ir en contra del sentimiento popular debido a que el electorado o bien los ciudadanos son los primeros agentes en recibir las normas aprobadas, por ende, admitir mecanismos como el referéndum permite la participación de ese primer agente en la toma de decisiones.

Es necesario tomar en cuenta que los cambios constitucionales, así como las interpretaciones que realiza la Corte Constitucional deben ajustarse a un esquema

¹⁶ Sagües (2016b) establece en “La Interpretación Judicial de la Constitución Nacional a la Constitución Convencionalizada”. Que: “Nomocracia significa, en última instancia, que el gobierno de los hombres ha sido reemplazado por el gobierno de la ley, encabezado, desde luego, por la Constitución”.

¹⁷ Para saber más sobre los Referéndums Constitucionales y cómo ayudan a la democracia véase Tierney (2014).

evolutivo, ya que la norma constitucional tiene una vigencia, es decir, existe una temporalidad de las normas constitucionales. Como se ha dicho, es fundamental adecuar las evoluciones constitucionales a las evoluciones sociales, pues no es factible mantener una constitución en un estado solidificado porque sería afirmar que la sociedad, como tal, no evoluciona a lo largo del tiempo. Por ello, tanto la norma constitucional se vuelve en amalgama de la identidad constitucional, como el juez constitucional debe comprenderla para aplicar correctamente una interpretación en son de diálogo democrático, ya que él es el encargado de llevar la justicia constitucional a su máximo punto, ya que la misma tiene una importancia fundamental dentro de las democracias.

En ese sentido, observamos cómo el papel de juez constitucional dentro de la defensa constitucional y el progreso del Derecho Procesal Constitucional, haciéndose valer de mecanismos como el amparo contra leyes, en el caso de que sea un juez de Distrito o la acción de inconstitucionalidad, cuando se trate de un ministro, tiene valor, pues ambos, con los mecanismos que la Constitución les otorga, deben realizar actividades de interpretación constitucional que haga la defensa efectiva del constitucionalismo, absorbiendo en ellos la función que les da el rol nomogenético para convertirse en legisladores y corregir la plana que los legisladores emiten cuando ésta es contraria a la Constitución.

Lo anterior deriva porque el valor fundamental del juez constitucional en la revisión de las actividades de gobierno (García Laguardia, 2000), como en México lo es la acción de inconstitucionalidad y en su caso la declaratoria general de inconstitucionalidad, como mecanismos de defensa de la constitución, permiten la sana revisión de las actividades del legislador, quien *prima facie*, debe ser el que sostenga un diálogo democrático sano por el ser representante directo de la ciudadanía y quien vela por los intereses del pueblo.

EL JUEZ CONSTITUCIONAL, LA CONSTITUCIÓN Y LA DEMOCRACIA

Como se ha dicho, el papel de un juez constitucional es fundamental en la práctica del diálogo democrático-constitucional, pues éste tiene el poder conferido de realizar interpretaciones sobre la norma constitucional, lo cual le permite tomar una interpretación en pro de la identidad constitucional o en favor de otros aspectos que él mismo considere.

También se ha mencionado el poder que tienen las reformas constitucionales, mismas que se les puede aplicar un control eficiente para la protección de la identidad constitucional; como se ve, la identidad constitucional es primordial para entablar el papel fundamental del juez constitucional, si éste no comprende la identidad de su Estado, por ende es complicado que sus decisiones refieran a ella. Es sabido que ningún tipo de interpretación es imparcial y sería absurdo pensarlo porque, como dice Sagües (2016), al momento de realizar la interpretación constitucional el juzgador se basa en su juicio y conocimientos y realiza un ejercicio de prejuicio sobre el juicio.

Con esta premisa, me permito asumir la misma importancia en el conocimiento del ejercicio de la democracia; si el juez constitucional no logra asimilar la importancia de la democracia en su Estado, de su papel como juzgador y de la identidad constitucional, el ejercicio para ser el vínculo entre ciudadanos, gobierno y Constitución a manera de diálogo democrático fracasaría.

La democracia para Dworkin (2008), como tal –bajo una perspectiva simplista y de idea general– es el gobierno de las mayorías, pero es un concepto un tanto alejado de los derechos fundamentales, derechos humanos, la participación y la representación ciudadana.

Afirmar que la democracia es el gobierno de las mayorías implicaría que solo éstas tienen derechos y obligaciones, y que existe por tanto del desgobierno de las minorías, a las cuales les aplica los mismos derechos y obligaciones. En esta suposición afirmamos que lo que le pasa a “A” le pasa a “B”, pues colindan en el mismo universo que “C”; es decir, lo que le pasa a la mayoría le pasa a la minoría pues conviven en el mismo Estado. Es por ello que el juez constitucional, al momento de resolver, debe tomar en cuenta que en la democracia también participan las minorías.

Debemos subrayar que la influencia de la Constitución en las democracias es de forma directa; el juez constitucional juega un papel fundamental, así como los límites constitucionales que estos dos imponen, ya que, como dice Escobar Martínez (2005):

son entonces los límites constitucionales y entre ellos los límites a la reforma constitucional los que garantizan el mantenimiento de un orden democrático, en la medida en que establecen los mecanismos y procedimientos para que en un determinado momento sean las mayorías de cada época quienes decidan sus compromisos institucionales y por ende sus propios límites de actuación en el marco del ordenamiento jurídico que lo gobierna (p.598).

Sin embargo, pensar solo en las mayorías, como lo he mencionado, dejaría de lado a las minorías, para lo cual estos límites entrarán en acción. En la práctica tenemos un ejemplo reciente de cómo estos límites constitucionales pueden salvar los derechos de las minorías e incluso los derechos de las mayorías por parte de una decisión tomada por una colectividad, como el caso del Brexit, donde la interpretación dada por el Supremo Tribunal Británico encontró los límites en el ejercicio del poder público dejando intacto los derechos de los ciudadanos británicos, aunque se había tomado una decisión democrática, pues la mayoría estaba de acuerdo en salirse con la Unión Europea, provocando así una pérdida de derechos adquiridos por parte de ellos como ciudadanos europeos.¹⁸

Este ejemplo nos hace reflexionar sobre la importancia que tiene el juez constitucional y los límites al poder en protección de los derechos de los ciudadanos, retomando que en una democracia no solo viven las mayorías de cada grupo de ciudadanos, sino un conjunto que se puede sectorizar, lo cual componen las minorías, entre ellas: la comunidad homosexual, los indígenas, los pobres y grupos vulnerables.

Pero no todo es trabajo del juez constitucional, también es importante que el Poder Constituyente tome acciones en la protección de las democracias como principio fundamental de un Estado Constitucional Democrático de Derecho, en la creación de mecanismos de control político y constitucional; como el caso del siste-

¹⁸ Suprema Corte de Justicia del Reino Unido R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant) [2017] UKSC5, 24 de Enero de 2017.

ma norteamericano donde existe el *Impeachment* como herramienta para el control del ejercicio del poder por parte del ejecutivo y otros funcionarios (Bernal, 2007). En México, el control político parece alejarse de nosotros debido a los cerrojos constitucionales hacia éstos por parte de aquellos que tienen el poder; sin embargo, hacia los controles constitucionales que hacen las veces de controles políticos, pues a través del control de las reformas o leyes, es la Corte Suprema quien se encarga de ejercer un juicio sobre esto último.

Ahora bien, como se mencionó, la IDH en México ha jugado un papel fundamental en el control político, ya que la misma gracias a la sentencia; Castañeda Gutman (2007) reafirma la importancia de la actualización en la democracia, de la entrada de nuevos personajes en la vida política y de crear nuevas formas de ejercer los derechos políticos del ciudadano. Sin embargo, aún nos encontramos sin gran avance, pues hasta la fecha solo hemos permitido las candidaturas independientes y los juicios políticos realizados, como el caso de Javier Duarte en el Partido Revolucionario Institucional (PRI), que sirven únicamente para hacer pantalla política y no perder votos durante la jornada electoral, más que para dar solución al conflicto en la vida democrática, con lo cual se crea la política ficción.

Si bien he afirmado que el juez constitucional tiene valor en la vida democrática de un país con el uso del rol nomogenético, no es del todo sano que un país como México dependa de sus jueces constitucionales, dado que el Congreso perdería en gran parte sentido y significado debido a la falta de interés o conocimiento por parte del cuerpo legislativo que no presta atención a la labor que tiene como representante social, lo cual provocaría la necesidad de que sea la SCJN quien tome el papel de estos últimos y a través de la jurisprudencia solucione los conflictos planteados por la sociedad, provocando además de los problemas de identificación de roles dentro de la democracia, una sobre carga de trabajo para el Poder Judicial, no solo tiene que aplicar la ley y el derecho, sino que ahora tiene que realizar un estudio de la ley creada por el Congreso e identificar si se adecua a la Constitución, si es adecuada a la identidad constitucional o, en el peor de los casos, si la misma no dejó afuera a un sector de la población (grupos indígenas, niños, las mujeres, entre otros).

CONCLUSIONES

La vida democrática en un Estado como lo es México necesita un cambio en sus objetivos constitucionales, incluso en sus costumbres dentro del Legislativo, el cual debe amalgamarse para un buen funcionamiento y que permitan un sano ejercicio. No quiere decir que México sea un Estado fallido, pero bien puede mejorar la práctica democrática constitucional; este país ha permitido la existencia del rol nomogenético dentro de su Constitución, lo que a principio de cuentas es sano que exista, pues las leyes no son perfectas y algunas veces necesita de un estudio para que la misma sea o no constitucional.

El problema inicia cuando se tiene un Poder Judicial realizando funciones del Poder Legislativo y provocando situaciones como el de la acción de inconstitucionalidad 26/2016, acción donde la SCJN decidió sobreseer la acción, pues el Congreso del Estado de México en su mayoría había votado la Ley de Seguridad del Estado y al ver su error en dicha ley decidieron –la mayoría del mismo Congreso– dejarle el trabajo a la SCJN. Este tipo de situaciones no benefician la práctica constitucional,

pues es un abuso del uso del rol nomogenético a efecto de liberarse de la carga de trabajo que la Constitución impone al legislador y aprovechar las herramientas que da la misma para liberarse del trabajo. De forma particular, en México se tiene un estigma social negativo sobre los funcionarios dentro del Poder Legislativo y aunado a este tipo de prácticas no solucionan este problema y terminan por fragmentar el diálogo democrático constitucional.

Formas de solucionar esta fragmentación existen al momento de permitir la creación por medio de la Constitución, nuevas figuras de ejercicio democrático, como el Referéndum Constitucional –por mencionarlo como ejemplo idóneo–; este tipo de figuras creadas por el Legislativo ayudarían a solucionar y reparar los daños provocados dentro de este diálogo democrático, amenizando la Constitución con su pueblo y autoridades. Es importante también reestructurar la Constitución, pues después de 100 años no se ha podido solucionar la falta de identidad constitucional mexicana porque aún vivimos pensando en el México de 1917, siendo la naturaleza del hombre evolutiva y aplicando la misma lógica, la sociedad también evoluciona; por ello, se necesita reestructurar la Constitución de tal manera que sea el reflejo de ese “Contrato Social” que se busca, donde el ciudadano sede un tanto su libertad para organizarnos como un Estado, pero éste deberá estar sometido al pueblo.

No es que el rol nomogenético sea malo o el papel del Poder Judicial autoritario, más bien es la falta de entendimiento por parte de los demás sectores de Gobierno que no comprenden la gravedad del problema al estar constantemente reformando y no adecuar la Constitución a la sociedad y querer que sean las leyes las que se adecuen a la Constitución y a los Tratados Internacionales, esto no puede funcionar si la autoridad legislativa no propicia dichos cambios para la vida democrática con lo que no se tenga que depender del Poder Judicial para un diálogo democrático, pues lo idóneo, en el mundo del deber ser, es que el Poder Legislativo tiene que ser el primero en dar pauta a un diálogo democrático sano; mientras que el Ejecutivo sea quien dé las herramientas creadas por el Constituyente permanente y el Judicial vele por el cumplimiento de las mismas y el respeto a los derechos de las personas que participan en este ejercicio.

Todo esto ayuda a que la Constitución, su Estado y sus gobernados sean una sola amalgama que viva en armonía y fluctué en el mismo sentido, permitiendo que estas tres esferas graviten dentro de una órbita de democracia constitucional, entendiéndose ésta como una democracia totalmente participativa, donde también se le dé juego al ciudadano a tomar decisiones constitucionales y se le dote de herramientas más allá del juicio de amparo para poder exigir que se solucionen diversos problemas que existen dentro de un Estado. Así como el mismo Estado por medio de sus pilares (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial) para encaminar al ciudadano a realizar el fin máximo del Estado y la del hombre (vida digna).

Finalmente, la labor del ciudadano es hacerse camino sin separarse de la vida política de México, pues debido a la falta de formas para abrir la participación en la vida democrática y constitucional solo queda exigir ante los comicios nuestros derechos como ciudadanos, hasta que sea una realidad este cambio; también debe dejarse atrás el secuestro del poder por parte de la autoridad y que se diversifique la forma de participación. No queda más que encontrar nuestra identidad constitucional, la cual no solo quede en una carta de buenos deseos, sino que sea la realidad constitucional para un México progresista.

REFERENCIAS

1. Arteaga Nava, E. (2014). *Derecho Constitucional*. Ciudad de México, México: Oxford University Press.
2. Bernal Pulido, C. (2007). La democracia constitucional como principio constitucional en América Latina. *Cuestiones Constitucionales* (17) julio-diciembre, pp. 31-51.
3. Carnota, W. F. (2015). Apuntes sobre Bio-Constitucionalismo en las bases de la Justicia Contitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (19), pp. 71-93.
4. Castañeda Hernández, M. (2015). Comentario Jurisprudencial Comentario a la Contradicción de Tesis 293/2011. *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos* (23), pp. 91-114.
5. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, [Const.] (5 de febrero de 1917).
6. Corte Interamericana de Derechos Humanos (5 de febrero 2001). Caso La última tentación de Cristo vs. Chile.
7. Corte Interamericana de Derechos Humanos (6 de agosto de 2008). Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos.
8. Corte Suprema de Justicia, Primera Sala. (15 de Noviembre de 2017) Amparo en Revisión 1359/2015. [MP Arturo Zaldívar Lelo de Larrea].
9. Corte Suprema de Justicia (30 de Octubre de 2014). Revisión de Constitucionalidad de la Materia de una Consulta Popular, 3/2014 [M Luna Ramos].
10. Corte Suprema de Justicia del Reino Unido. (24 de Enero de 2017) R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union, UKSC 2016/0196.
11. Curcó Cobos, F. (2016). Constitucionalismo y Democracia: Una revisión crítica del argumento contra-epistémico. *Revista de la Teoría y Filosofía del Derecho* (44) abril, pp. 63-97.
12. Dworkin, R. (2008). *La democracia posible*. España: Paidós.
13. Escobar Martínez, L. M. (2005). Las Minorías en la Democracia Constitucional -el caso español-. *Vniversitas*, 54(109), pp. 538-618.
14. Fuentes Catón, A. (2009). *La otra historia de México Juárez y Maximiliano La roca y el ensueño*. México: DIANA.

15. García Laguarda, J. M. (2000). Justicia Constitucional y Defensa de la Democracia Golpe de Estado en Guatemala 1993. *Cuestiones Constitucionales* (2) enero-junio, pp. 475-488.
16. Horn, H. R. (1988). El Constitucionalismo Alemán en las postrimerías del Siglo xx. En *El Constitucionalismo en las Postrimerías del Siglo XX* (pp. 215-264). Ciudad de México, México: iij-unam.
17. Jacobshn, G. J. (2010). *Constitutional Identity*. Massachusetts: Harvard University Press.
18. Lassalle, F. (2016). *Sobre la esencia de la Constitución*. México: Porrúa.
19. Martí, J. L. (2013). Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People. En A. Saiz Arnaiz y A. L. Carina. *National Constitutional Identity and European Integration* (pp. 17-35). Cambridge: Intersentia.
20. Oropeza, M. G. (1998). Abusos de las Policías a la Luz del Derecho Constitucional Mexicano y de los Estados Unidos. Los secuestros conducidos por policías de un Estado a otra entidad. Trabajo presentado en el v Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Ciudad de México, México.
21. Ragone, S. (2012). *El Control Judicial de la Reforma Constitucional*. México: Porrúa.
22. Sagües, N. P. (2011). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad a propósito de la “constitución convencionalizada. Parlamento y Constitución. Anuario (14) pp. 143-152.
23. Sagües, N. P. (2016). *La Constitución bajo tensión*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
24. Sagües, N. P. (2016). La interpretación judicial de la constitución de la constitución nacional a la constitución convencionalizada. México: Porrúa.
25. Saiz Arnaiz, A., Alcobarro Llivina, C. (2013). *National Constitutional Identity and European Integration*. Cambridge, Inglaterra: Intersentis.
26. Tierney, S. (2014). *Constitutional Referendums. The Theory and Practice of Republican Deliberation*. Inglaterra: Oxford University Press.
27. Word Justice Project (s.f.). Rule of Law Index. Disponible en: <http://data.worldjusticeproject.org/#/groups/MEX>, consultado el 14 de agosto de 2017
28. Ugarte, P. S. (2012). Camino a la Democracia Constitucional en México. *Isonomía* (36), pp. 189-206.

29. Uribe Arzate, E., De Paz González, I. (2015). The Constitutional permeability principle: guidelines towards a constructive constitutional theory in Mexico. *International Journal of Humanities and Social Sciences* (6), pp. 21-27.
30. Wolff, R. P. (1998). *In Defense of Anarchism*. Los Ángeles: University of California Press.

Justicia y Estado de Derecho en la Constitución de Venezuela

Justice and the Rule of Law of Venezuela's Constitution

CARLOS SIMÓN BELLO RENGIFO*

Resumen

La Constitución venezolana aprobada en 1999 no solo cambia la denominación del Estado, sino que también lo define con una fórmula inédita en la historia constitucional del país. Por ello, es importante examinar si la inclusión del término *justicia* del artículo 2 afecta los derechos y las garantías del Estado de Derecho, especialmente en materia de libertad económica, objetivo de esta colaboración. Para lograrlo, también se analiza la importancia de los conceptos de *justicia social* y *sistema* en la Carta Magna, que en su conjunto configuran la ideología constitucional vigente en Venezuela. Se concluye que la incorporación del término *justicia* menoscaba los derechos y las garantías del Estado de Derecho, sin cortar la evolución constitucional venezolana. Se emplea el método y las reglas del análisis jurídico con algunas referencias de carácter histórico que se consideran convenientes para la comprensión del tema.



Esta obra está bajo licencia Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0
International (CC BY-NC-SA 4.0)

Palabras clave

Derechos, Ideología, Juicio, Libertad, Sistema.

Abstract

The Venezuela's Constitution adopted in 1999 change not only the designation of State, but also its definition with an unprecedented formula in Venezuela's history. It is therefore to consider if the inclusion the word justice in its definition of State, affect the citizen's rights, guarantees and freedoms of Rule of Law, particularly the economic freedom. This is the main purpose of this article. Hence, it is necessary explore the importance of concepts of justice social and system in the Venezuela's constitution as a whole define its ideology. This article find that the inclusion of word justice undermines the rights and guarantees provided by the Rule of Law, but does not cut off the constitutional evolution of Venezuela. In this review is used the legal method, some history references are suitable for its better understanding.

Key words

Rights, Ideologies, Judgement, Freedom, System.

INTRODUCCIÓN

La fórmula básica del Estado venezolano contenida en el artículo 2 de la Constitución aprobada en 1999¹ es:

Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Ésta, inédita en nuestra historia constitucional, inserta una cualidad adicional al Estado de Derecho: justicia, con lo cual se plantea una diferencia con sus posibles fuentes de inspiración: la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución española de 1978.

El objetivo de este artículo es indagar, en primer término, el alcance de este añadido desde una perspectiva abstracta y general, especialmente en su relación con la libertad económica, lo cual comprende el concepto de *sistema* porque la CV-99 asocia los derechos económicos al *sistema socioeconómico*.

El estudio de ambos conceptos, justicia y sistema, pretende delinear la ideología constitucional vigente, inseparable de la realidad social e institucional que la CV-99 proyecta y que a su vez intenta modelar y aproximarse al alcance de esta doctrina respecto al contenido garantista del Estado de Derecho contemporáneo, y si la misma significa un salto cualitativo en la evolución constitucional venezolana.

Para alcanzar este objetivo, sin aspirar a agotar la materia, se desarrolla una investigación jurídica que atiende a la significación, sistematización y crítica documental con referencias históricas que contribuye a su contextualización. En primer lugar hay que delinear qué se entiende por ideología constitucional en este artículo.

IDEOLOGÍA CONSTITUCIONAL

La ideología constitucional es el modo de concebir la organización política del Estado, las relaciones de poder con la sociedad y la configuración de esta última. En cuanto su contenido, en términos intuitivos, es el conjunto de ideas, valores o principios que caracterizan dichas funciones, por lo que no se trata de una categoría política que explique la totalidad social (Van Beneden y Del Percio, 2001: p. 49), desde el pensamiento marxista.

¹ En lo sucesivo CV-99.

Para su determinación, se recurre al significado y el sentido de los elementos normativos que en su conjunto estructuran instituciones y organismos que demarcan el poder estatal y sus relaciones con la sociedad.

Este modo de entender el poder, su organización, estructura y ejercicio respecto a la sociedad no tiene por qué ceñirse estrictamente a estereotipos políticos, pues las ideas y teorías políticas pueden ser *moduladas* por el ordenamiento jurídico, permitiendo así su análisis normativo. Abordar la ideología constitucional vigente en Venezuela supone una aproximación a los precedentes para saber si representa un hito o rostro de una evolución.

BREVE CRONOLOGÍA CONSTITUCIONAL VENEZOLANA

En la historia republicana se han promulgado 27 constituciones y una reforma: 11 en el siglo XIX y 16 en el siglo pasado; sin embargo, es excesiva simplificación sostener que corresponden a igual cantidad de constituciones diferentes, pues muchas de ellas, en el fondo, no han sido sino meras reformas, aunque no denominadas como tales, para prolongar el poder del gobernante en turno o a razones o fines circunstanciales.

El primer texto importante es el de 1811, no solo porque fundó la Primera República, sino también porque fue exponente de una concepción de la organización del poder estatal y de sus relaciones con la sociedad, el cual privó en la mentalidad de la intelectualidad, y gestó la iniciativa independentista.

La preocupación relevante de sus redactores fue la creación de una república federal, nacida de la Ley y no de la guerra, con marcado acento liberal en lo político: separación de poder, normas reguladoras de cada poder y reconocimiento de los derechos del hombre, bajo la inspiración de las constituciones francesa y norteamericana, sin llegar a ser copia de las mismas (Loreto, 2005, p. 115 y ss.).

Detrás de este diseño se encuentra la visión de una sociedad madura para adoptar la forma federal y los principios liberales de organización de gobierno, adversa a aquella según la cual, la sociedad venezolana, por su inmadurez, no es capaz de adoptar modelos constitucionales avanzados, democráticos y descentralizados, tesis de *El Libertador*, en buena medida acogida en el siglo XX por el positivismo que justificó la dictadura de Gómez.

Su breve vigencia no impidió que fuese víctima de la precipitada invectiva de Bolívar por la caída de la Primera República, lo cual no pasaría de ser un dato anecdótico, de no tener en cuenta la trascendencia cultural y política del culto bolivariano, especie de religión laica que ha marcado el acontecer político venezolano hasta el presente para usar la expresión del historiador Carrera Damas.

Otras constituciones relevantes en la materia son las promulgadas que a continuación se apuntan:

- 1830: es la primera de la república independiente y separada de Colombia.
- 1864: su principal aporte es que modifica la conformación constitucional del Estado, que desintegra en entidades autónomas, con gobierno propio elegido por sufragio directo y secreto. Se adopta la denominación de Estados Unidos de Venezuela, la cual permaneció hasta la Constitución de 1953.

En estas constituciones y en las siguientes se puede observar la constancia de otros términos, entre ellos *nación*, casi siempre con atributos de libre e independiente, y como referente fundante de la organización estatal; *soberanía* y *gobierno*, al cual, casi ininterrumpidamente, se le atribuyen las propiedades de republicano, popular, representativo, responsable y alternativo, cónsonas con el orden democrático, expresamente recogido en la Constitución de 1857.

En general, ha existido un marcado afán por proclamar la independencia de la nación, fruto de la guerra contra España, que ha clamado por una ratificación jurídica de primer orden. Asimismo, el reconocimiento de derechos fundamentales (vida, libertad, debido proceso y propiedad, con altibajos) y la proclamación progresiva de la regulación democrática del ejercicio del poder, desde el voto censitario hasta el voto igualitario y universal.

- 1947: elaborada por una Asamblea Nacional Constituyente, escenario de dos tendencias doctrinales, la de defensa de derechos naturales previos al Estado, y aquella que establece la potestad del Estado para intervenir y corregir la actividad económica (Camejo, 2000, p.33). Si bien la Constitución de 1936 incorpora los derechos laborales, la de 1947 es la primera que recoge ampliamente los derechos sociales y reconoce el derecho universal de elección. En lo económico, contiene la declaración de la potestad interventora del Estado, “ya sea asumiendo directamente obligaciones en materia de seguridad social o educación, o garantizando el cumplimiento de las normas constitucionales” (Márquez, 1988, p. 2), cuyo rasgo se mantiene en la Constitución de 1961.

Se puede entonces, y a la vista de esta apretada cronología, decir que han privado principios de corte liberal en lo político, sin una clara determinación de los derechos económicos, salvo de las normas atinentes al derecho de propiedad, como derecho del hombre y escasas referencias a la democracia.

Estos elementos han permitido hablar de un constitucionalismo liberal en Venezuela; sin embargo, el liberalismo político ha operado como un antifaz de modernidad en una sociedad carente de instituciones necesarias para su efectivo funcionamiento, incluyendo un liberalismo económico que pudiera inferirse por su magra regulación de la actividad económica, lo que empezó a cambiar a partir de 1936, y posteriormente, con mucho más vigor, en las constituciones de 1947 y 1961. Estos son, en lo esencial, los antecedentes de la ideología constitucional inserta en la CV-99, cuyo análisis corresponde ahora.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Según su Exposición de Motivos su fin es la refundación de la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica; además acentúa el intervencionismo estatal en lo económico. Cambia la denominación de la República y recoge la idea bolivariana del poder moral mediante un órgano afín: el poder ciudadano.

En lo político, al igual que las promulgadas en Ecuador y Bolivia, manifiesta la *democracia participativa* a través de mecanismos que permitan a los ciudadanos intervenir en la acción gubernamental, pero que, paradójicamente, van de la mano

con un presidencialismo fuerte que acarrea un desbalance del poder público, por lo que, en realidad, el poder del pueblo resulta *mediatizado o amulado*, incapaz de controlar el poder presidencial y sin iniciativa para plantear cambios al Ejecutivo, al estar sujeto a *un líder-presidente* que lo orienta o dirige según su conveniencia (Márquez, 2012, p. 11).

Para esclarecer la ideología constitucional en el ámbito de la libertad económica, hay que considerar el texto en su conjunto y tener presente el tinglado conceptual contenido en sus artículos 1 (fundamentos de la República), 2 (valores y principios) y 3 (fines), que expresan su concepción de la constitución social, así como de la organización, estructura y ejercicio del poder y su relación con la sociedad.

A su vez, en el artículo 2, según Colmenárez (2012, p.10), puede ser considerado según estas categorías: principios que reconocen derechos fundamentales y fijan los fines del Estado (dogmática constitucional); principios que organizan el Estado según un orden jurídico y dividiendo sus funciones y principios que garantizan el ejercicio de derechos fundamentales.

En estos preceptos aparece la justicia como valor fundamental de la República y del Estado, y como fin de este último (*construcción de una sociedad justa*), por lo que ocupa un lugar central en la ideología constitucional sin perjuicio de la confusión a que se presta la reiteración del concepto *justicia* en distintos niveles. Desentrañar la importancia de la *justicia* en el diseño definitorio del Estado implica referirse antes a la cláusula más amplia en la cual se injerta; este es el próximo paso.

ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Estado de Derecho surge en el siglo XIX y está estrechamente vinculado con el Estado liberal y democrático; según Arismendi (2006):

el Estado de Derecho significa aquel Estado que garantiza el orden jurídico dentro de un mínimo de condiciones, o sea el orden jurídico liberal, el que reconoce la necesidad de las garantías individuales, establece la separación de los poderes públicos y el principio de control de constitucionalidad de las leyes (p. 139).

Mientras que el Estado Social de Derecho se ha entendido como una ampliación modernizada del Estado de Derecho, pues además de actuar en el marco de la legalidad, reconoce nuevos derechos y crea los instrumentos para hacerlos efectivos o defenderlos (Paoli, 2009, p.182-183).

Combellas (1979, p.794), uno de los constituyentes de 1999, lo caracteriza según sus notas económica, social, política y jurídica; en cuanto a la primera, “el Estado dirige el proceso económico”, en razón de su carácter planificador; en lo social, es un Estado de *procura existencial*; en lo político, como un Estado democrático, tanto por el método de designación de los gobernantes, como en lo social por la realización de la igualdad en la sociedad; finalmente la nota jurídica sostiene que se rige por el Derecho, no en el sentido liberal del término, sino por la “idea social del Derecho que pretende que las ideas de libertad e igualdad tengan una validez y realización efectiva en la vida social”; es decir, una idea *material* del Derecho.

Colmenárez (2012, p. 5) reemplaza el Estado de legalidad formal por otro de Justicia Material, en vez de estar asociado a la idea de orden y ordenamiento jurídico, tomando las palabras de Losing.

Como se observa, el Estado Social de Derecho, aun con la calidad de democrático, es visto como la *superación* del Estado liberal; sin embargo, esta premisa deja por fuera qué tipo de orden ético, político y jurídico *supera*, y en qué medida respecto a los valores esenciales del liberalismo, especialmente en cuanto al reconocimiento de derechos consustanciales al individuo. Es decir, cabe la posibilidad de que tal *superación* equivalga a una paradójica disminución de esos derechos en vez de su ampliación.

La doctrina venezolana minoritaria se ha pronunciado a favor de la primera tesis, cuando advierte que la característica por excelencia del Estado liberal es la separación de Estado y sociedad, condición que desaparece en el Estado social, ya que éste se erige como ingeniero social y conductor, por tanto, de la realización existencial de los miembros de la sociedad, no solo en lo económico, sino también en lo cultural, sexual y otras dimensiones, lo que a su vez perfora el escudo que ante el autoritarismo representa la libertad, fundamentalmente apoyada por la propiedad, quebrantada también en el Estado social en razón de la *función social* que el legislado le atribuye discrecionalmente (González, 2012).

La condición minoritaria de esta tesis puede que obedezca al predominio de una cierta irracionalidad y adversión a la modernidad de la ciencia jurídica venezolana, favorable al ejercicio desmesurado del poder, sin efectivos frenos normativos positivizados, generado por decisiones que no provienen de procesos racionales y razonables (Delgado, s.f. p.213-217).

Esta irracionalidad, armada de promesas de eficacia que la experiencia histórica no ha avalado, se nutre de convicciones y sentimientos del imaginario colectivo, y adopta un ropaje conceptual que intenta disipar la conciencia de que las elaboraciones jurídicas son frutos de una predominante emotividad.

En suma, el concepto de Estado Social de Derecho es complejo, pues se integra con características diversas que gozan de un equilibrio y matizaciones que no existen si se consideran aisladamente, y marcan su cercanía con el Estado de Bienestar y otros más lejanos, Estado Liberal y Estado Total.

La caracterización apuntada por Combellas (1979) del Estado Social de Derecho se conserva y amplía en la CV-99, que lo *colorea* con el término *justicia*, cuyo significado sella la fórmula constitucional.

JUSTICIA

Lo escrito sobre este término es inabarcable y una revista, aun somera, de sus definiciones desborda los límites materiales propios de este artículo; sin embargo, ello no impide algunas ideas centrales.

En primer término, puede ser analizado teórica o sensorialmente. Inicialmente se trata de elaboraciones filosóficas, políticas o jurídicas, no necesariamente diferenciadas. En un segundo horizonte, es propio de la experiencia, no tanto de la justicia, como de la injusticia que alienta el sentimiento de su reparación y aviva el de lo justo, sin alcanzar respuesta redonda, clara y definitiva, que solo la puede brindar la racionalidad, aunque sea la búsqueda de la justicia, no la comprensión del concepto lo que hace justo al hombre (Zagrebelsky y Martini, 2006).

Este enfoque puede que no resulte del todo satisfactorio a la mentalidad racionalista o espíritu euclidiano, como la denomina Zagrebelsky (2006,p.28), que priva en el pensamiento jurídico, quizá con mayor fuerza que en el político, más cerca de la pasión: es una perspectiva que fustiga las distintas concepciones racionalistas de la justicia, en particular aquella que la iguala con la legalidad:

en la identificación de la justicia con la legalidad hay un ` paso forzado: consideraremos justo al ser humano que solo sabe obedecer , carente de libertad y de responsabilidad: una negación de la dignidad que puede ser del agrado solamente de los ´ planificadores sociales ´ de todos los colores políticos que, de acuerdo con razones científicas o voluntad arbitraria, pueden crear únicamente hormigas humanas” (2006, p. 30-31).

Según esta posición, la reducción de la justicia a la legalidad está desmentida por la constante interpretación de los preceptos legales que demuestra, especialmente en los *casos difíciles* —que abundan en el terreno bioético— la necesidad de remontarse a los presupuestos de la ley para adecuarla a las cambiantes exigencias de la vida en sociedad: “el juez que es sólo un escrupuloso observador pasivo de la ley no es un buen juez” (2006, p.33-34).

En el pensamiento griego clásico, el tema de la justicia fue preponderante. Para Platón es clave de la felicidad (*La República*) y un medio de restablecimiento de la armonía. Según Aristóteles (2007, p.133-135), lo injusto es lo desigual y lo desigual es injusto, pues en todo aquello en que se da lo más y lo menos, también se da lo igual, y como lo igual es un término medio, también lo justo es un término medio. Así, lo justo depende de dos cosas: que es medio entre dos extremos y también respecto con ciertas personas. Es decir, son cuatro elementos, dos personas y dos cosas, de donde provienen disputas en cuanto el mérito de la distribución; para los demócratas es la libertad, para los oligárquicos, riqueza o nobleza, y para los aristócratas, la virtud, de donde proviene la proporción propia de lo justo.

En Aristóteles se perfila con claridad la justicia distributiva, pues entiende que no es solamente la fórmula de la felicidad, sino que es la virtud perfecta y, además, igualdad de proporción: las cosas se comparan según la necesidad y hay proporcionalidad y reciprocidad, cuando se igualan las prestaciones entre ellas (Yungano, 1983, p.18-19).

La clasificación aristotélica de las formas de la justicia y la importancia de la proporción y el mérito han mantenido su importancia a través de los siglos, y en buena parte por el rescate de sus ideas por santo Tomás (1946, p.89), quién explica la justicia distributiva según la igualdad y la proporcionalidad: “la razón de justicia exige que haya la misma igualdad entre las personas a quienes se hace justicia; y entre las cosas en las cuales ella se ejecuta”; si los iguales no reciben lo igual en lo común surgen disputas y consideran que hay injusticia, “por consiguiente, es evidente que el medio de la justicia distributiva se entiende según cierta proporcionalidad”.

En tiempos modernos, la elaboración conceptual de justicia vinculada con legalidad está representada, entre otros, por Kant, para quien la ética se relaciona con la primera en términos de legalidad y limitación por la libertad: “Obra exteriormente de modo tal que el libre uso del arbitrio pueda coexistir, según la ley universal, con la libertad de cada uno”. Entonces, el mérito de los motivos de la acción no es jurídica, en tanto que la libertad consiste en el respeto a la legalidad a la cual el sujeto ha prestado su consentimiento, y la justicia no es otra cosa que una situación

de igualdad entre la acción y la reacción de dos arbitrios, ambos limitados por la libertad (Yungano, 1983: p. 42).

El entendimiento de justicia en Kant toma en cuenta los principios que a su juicio, deben ordenar el Estado justo: libertad de cada persona para procurar su felicidad; igualdad, que es el derecho de obligar a los otros a que empleen su libertad de modo que armonice con su propia libertad; independencia de cada uno como garantía de la validez del contrato social originario (Ponce, 2005, p. 215).

Entonces, el acto justo se adecua a las leyes universales de libertad e igualdad; por tanto, se concibe según el deber de acatamiento a dichas leyes, ya que establecer la justicia o no del acto no corresponde al jurista, pues hay que atender a la razón en la búsqueda de toda fundamentación posible del orden positivo (Ponce, 2005, p. 215).

Se puede así rastrear la conexión entre la concepción racional de la justicia en su vertiente de legalidad, positiva o trascendente, y su recepción jurídica positiva. Si la ley es una creación racional para la convivencia con base en valores y principios, para la consecución de determinados fines mediante ciertas funciones, entonces su realización es justa, salvo que su fundamentación se encuentre más allá de la organización positiva y empírica de la sociedad, pues de ser así, el orden jurídico quedaría apresado por la subjetividad de determinados agentes, cuyo predominio es peligroso cuando detentan el poder político. En tal caso, la justicia se desvanece en el holocausto del ejercicio del poder, o al menos, se expone a que lo devore.

Lo cierto es que lo escrito y teorizado sobre la justicia, y de lo que ha significado como impulsor de movimientos sociales y políticos, puede concluirse que es un concepto irradiante, penetra en disímiles ámbitos de la vida y afecta al sujeto como individuo y agente moral (ética), agente político (política) y como sujeto jurídico o persona (Derecho).

En cada ámbito, el sujeto, visto desde la justicia, puede recibir distintas denominaciones (ciudadano, súbdito, persona), lo que en sí mismo es revelador de la potencia teórica y emocional del término, con la particularidad de que ha alcanzado un notable desarrollo teórico en distintas corrientes y áreas del pensamiento.

Otra de sus peculiaridades es que supone como mínimo una relación recíproca entre dos. Por eso, la justicia es una virtud en el campo ético y un valor en lo político y jurídico, aunque puede ser considerado también como medio, función o principio de organización institucional, entre otras manifestaciones.

Esbozadas algunas de las virtualidades de la justicia, corresponde ahora detenerse en el efecto que causa su inclusión en la fórmula que define el Estado venezolano.

JUSTICIA Y LA FÓRMULA CONSTITUCIONAL VENEZOLANA

El antecedente de la fórmula venezolana podría remontarse al sintagma “Estado de Justicia”, contenido, según Schmitt, en un escrito de 1864, de Bahr, quien abogaba por el sometimiento de los actos estatales a los tribunales ordinarios, con lo cual se configuraba un Estado de Justicia en el Estado de Derecho (Peña, 2008, p. 372).

En vez de considerar que el enunciado significa el sometimiento del poder a la justicia judicial, puede entenderse como modificación progresiva del Estado de Derecho que afecta la interpretación de las fuentes del Derecho, aprisionadas por

un *excesivo formalismo*, que se debe superar en aras de facilitar la cabal realización de la Justicia”, según Combellas (2008, p. 374).

En un acercamiento específico al contenido del enunciado, Delgado (s.f., p. 200-201) considera que la fórmula del artículo 2 constitucional puede tener tres significados o posibilidades: 1. reproducir la idea de justicia social, con lo cual es redundante, crítica parcialmente compartida por Peña (2008, p. 374); 2. ampliar la participación en la vida social, económica y política, para lo cual resulta más atinada la concepción democrática; y 3. distinguir entre legalidad y justicia, conclusión que califica de contradictoria y absurda, aun cuando reconoce que en la jurisprudencia esta última sobresale. A este predominio ha contribuido la denuncia del mundo político venezolano contra el Estado de Derecho, al acusarlo de no haber alcanzado una solución justa a los conflictos que precedieron a la promulgación de la CV-99 (Delgado, s.f. p.200-201).

Además de la acusación se sumaron las críticas contra la Constitución de 1961 por su falta de realización: “si el Estado venezolano no funciona, y es un Estado de Derecho, entonces algo debe estar mal con el Estado de derecho” (Delgado, s.f. p.200-201); así, por ejemplo, la crítica de Humberto J. La Roche (1986, p. 25) y Brewer-Carias (1978, p. 43).²

Las críticas contra el diseño constitucional no desaparecieron con la CV-99, aunque ahora adopten otros argumentos, entre ellas la de Delgado (s.f.), que descalifica su fórmula del Estado por la pluralidad de concepciones sobre la justicia, así como por la sustitución de conceptos políticos y jurídicos por un sentimiento, justicia y porque es ingenuo creer que solo se aplicará en los niveles bajos del cuerpo estatal.

Su postura no reniega de que en toda ordenación jurídica de la sociedad existan niveles de injusticia, pero ante ellos hay un tipo de corrección en las “sociedades maduras” (Delgado, s.f. p.206): las leyes manifiestan un criterio oficial y público de la justicia; su respeto es la vía por la cual la voluntad de la mayoría se hace efectiva, y si el procedimiento de su aprobación es democrático, reproducen una concepción de justicia que la mayoría comparte (Delgado, s.f. p. 204).

Según su análisis iuspositivista, la justicia proviene del cumplimiento de la ley ordenadamente elaborada; sin embargo, no aclara del todo cuál es el método de creación de la norma justa ni cómo acceder a una interpretación igualmente justa, especialmente en sociedades no maduras, como la venezolana.

Por eso, es posible preguntarse, primero, en qué consiste la *inmadurez*, si es equivalente a las *repúblicas aéreas*, y, en segundo término, si lo que procede es un tratamiento homeopático que contenga elementos semánticos polivalentes e irradiantes para llenar la falta de sustentación axiológica del diseño constitucional y de la norma jurídica en general.

No hay duda de que los textos constitucionales están nutridos por términos y conceptos de proyección semántica e incluso emocional, destinados como a prolongarse en el tiempo, a *resistir* cambios de marea y tempestades de distinta índole, por

² Textualmente dice: “Lamentablemente, el Estado, primer responsable del desarrollo no cumple su papel: es un Estado ineficaz, embustero y farsante, en definitiva, como lo he dicho en otras oportunidades, un Estado comediente”. Si el Estado es el “primer responsable del desarrollo”, parece claro que su responsabilidad es máxima. Un enfoque liberal debe llegar a conclusiones si no opuestas, al menos distintas.

lo que es necesario que se justifiquen como resultado del consenso, indispensable también para su eficacia. En la medida de lo posible, el buen constituyente liberal debe recurrir a términos que tiendan a conjurar un uso distorsionado que afecte los derechos fundamentales y amplíen correlativamente el círculo de acción del poder, incluso en casos en los cuales el recurso a ciertos vocablos, como *justicia*, obedezca más a emociones que a debates y procesos reflexivos, que fue lo que, según Peña (2008, p.374-375), sucedió con la adopción de la fórmula definitoria del Estado por la Asamblea Constituyente; es decir, nació de una ligereza emotiva.

En la interpretación de las normas jurídicas muchas veces hay que remitirse a los fundamentos que, por su propia textura semántica, son de proverbial generalidad, pero que al ser parte del engranaje del sistema adquieren una razonable identidad conceptual que se afirma en su aplicación al caso concreto. Claro está que esta labor hermenéutica es favorecida por la consistencia dogmática de los enunciados conceptuales que representan los fundamentos. Así, por ejemplo, se tiene la *seguridad jurídica*, que puede contar con cierto consenso doctrinario, a diferencia de los conceptos irradiantes como la justicia, por decir otra muestra.

A lo dicho, se suma la talla lingüística jurídica; le corresponde al lenguaje y a la ciencia jurídicas remodelar ideas o nociones, incluso conceptos, válidos en el nivel ético, político y éticopolítico para lograr un sentido último y legitimidad a la organización estatal; es decir, someterlos a cierta *reducción* para tornarlos jurídicamente operativos, pero es difícil cuando se topa con conceptos, o mejor dicho nociones, que por ser el sustento mismo del Derecho son escasamente susceptibles a una reducción operativa.

Un término tan extenso como el de justicia, en vez de contribuir a la limitación del poder abre la ocasión para su ampliación, aun cuando no fuese lo que el proponente aspiraba y da lugar a lo que se ha llamado Constitucionalismo nominativo o semántico, que designa con el nombre de constitución —casos de Venezuela y Bolivia—, un texto meramente descriptivo: “**organizan pero no limitan el poder**” (Márquez, 2012, p.180-181) (Negritas en el original).

En el caso de la CV-99 se suma la circunstancia de la inserción de otro concepto, el de sistema, al que irradia la justicia y así potencia su virtualidad destructiva del Derecho.

EL SISTEMA

En un sentido vasto, según Ferrater (1979, p. 3062), *sistema* es un “conjunto de elementos relacionados entre sí funcionalmente, de modo que cada elemento del sistema es función de algún otro elemento, no habiendo ningún elemento aislado”. Como explica, se puede destinar a cualquier agrupación de elementos, ya sean materiales, conceptuales o de todo tipo naturaleza, de allí que resulte complicado elaborar una definición que satisfaga su amplia aplicación, lo que no impide reconocer algunas características comunes que son objeto de estudio por parte de los análisis de sistemas o de la teoría general de los sistemas (Ferrater, 1979, p. 3062).

Von Bertalanffy (1989, p. 141), a quien se le atribuye la paternidad de la teoría general de sistemas, no obstante las distintas definiciones que recoge, considera fructífero asumirla como un *enfoque* que permite infinitas posibilidades epistemológicas. Tal propuesta no lo sustrae de aportar su definición, susceptible de ser aplicada más allá del ámbito de los sistemas vivos, abiertos por antonomasia, por

su intercambio con el medio ambiente, y que, por su condición de biólogo, fueron objeto de su especial interés. En su concepto, un sistema puede ser definido como “un complejo de elementos interactuantes”, añadiendo que “interacción significa que elementos P están en relaciones, R, de suerte que el comportamiento de un elemento en R es diferente de su comportamiento en otra relación R’”. Si los comportamientos en R y R’ no difieren, no hay interacción y los elementos se comportan independientemente a sus relaciones R y R’” (p.56); en atención a sus elementos, se pueden clasificar según su número, especies y relaciones (p.64).

West (1984), partiendo de que se trata de un enfoque antes que teoría, asevera que forma parte del debate permanente sobre las distintas formas de pensar la sociedad; según ciertos principios, la visión del mundo a través de la visión de otro, sin erosión de la propia individualidad. Entiende que toda visión del mundo está “terriblemente restringida”, por lo que no hay expertos en el enfoque de sistemas; sin embargo añade que “no es una mala idea” (p.15, 259-260).

Planteada en estos términos, la teoría general de sistema describe una determinada realidad *como si*, quizás bajo la influencia kantiana de la imposibilidad del conocimiento del objeto en cuanto tal, que, dirigida a lo social, intenta acceder a su representación, aunque con el riesgo de volver al hombre *reemplazable y gatable* (West, 1984, p.8).

En la dogmática jurídica, la palabra *sistema* goza de amplia recepción. El pensamiento jurídico se ha desarrollado con categorías propias afines a la idea de sistema, incluso en forma embrionaria en las Instituciones de Gayo (Van de Kerchove y Ost, 1997, p.34), aunque la preferencia ha sido por el término *orden*, seguramente porque este último alberga tanto la idea de norma como la de ordenamiento o sistema.

Es indudable que el Derecho implica una determinada organización de sí mismo, como un conjunto jerarquizado y, preceptivo, por lo cual autores (Kelsen, Santi Romano, Raz, Troper, Alchouorron y Bulygin) consideran que *orden* y *sistema* son sinónimos (Van de Kerchove y Ost, 1997, p.44).

Sin embargo, un asunto es que el Derecho sea visto en perspectiva de un discurso ordenado con ciertas características sistemáticas (formal, jerarquizado, por ejemplo), que se analice según esa perspectiva (análisis sistémico) y que se ideologice como sistema en su desarrollo legislativo y aplicación. En este último caso, el fundamento ontológico del Derecho es el sistema.

La doctrina jurídica venezolana, antes y después de la vigencia de la CV-99, no ha prestado mucha atención al concepto de sistema. Un caso es el de Mille (1968, p.67) cuando mucho antes de la promulgación de la actual Carta Magna, propuso una relación de sinonimia entre sistema y régimen económico que a su vez diferenció del concepto de estructura; más allá del giro lingüístico no dio aportes.

Por su parte, Álvarez (2012, p.15) recientemente propicia en el ámbito jurídico constitucional un ejercicio especulativo sobre la relación entre norma jurídica y estructura política, al sostener que la teoría general de los sistemas constituye un método que abarca tanto la globalidad como la importancia que en particular tienen los elementos de cada conjunto. En este contexto, aborda ciertas definiciones básicas y destaca elementos del sistema: objetivos, entendido en un todo y como formas de actuación en su integridad; ambiente, que es la relación con otros sistemas jurídicos; recursos; componentes e interacciones entre los elementos, y administración del sistema, aunque no llega a desarrollar su propia propuesta.

Orchard R. A. (en García, 1991, p.2766-2767) también se refirió a la teoría general de los sistemas en relación con la ciencia política y distinguió los distintos tipos de teorías de sistemas:

- Tipo 1: de sistemas específicos con ámbito de validez relativo a una disciplina particular, bajo nivel de generalización y alto grado de contenido específico.
- Tipo 2: generalizadas de sistemas. Es el caso de teorías de distintos campos coincidentes en ciertos aspectos.
- Tipo 3: generales de sistemas, cumplen tres condiciones:
 1. Aplicables a todos los sistemas finitos.
 2. Reflejan las notas comunes de todos los sistemas.
 3. Incluyen principios metódicos generales. Puede haber distintas teorías generales y son materia de integración periódica.
- Tipo 4: matemática, es de máxima generalidad y deriva sus conceptos de una definición formal de sistema. No son ricas en contenido y sus principios directivos pueden ser aplicados en las teorías tipo 3.

En su opinión, son los resultados de su aplicación a distintos campos de conocimiento los que deciden la legitimidad o ilegitimidad de las pretensiones de la teoría de sistemas bien entendido que, en todo caso, tendrá los límites de cualquier teoría o esquema metódico sin llegar a ser la clave universal del pensamiento (García, 1991: 2767).

En síntesis, la evolución de esta disciplina puede ser hacia una teoría, un método o enfoque, lo que implica afirmar que no ha alcanzado la madurez de un cuerpo teórico, tesis que también sostiene Luhmann(1996: 45): “propiamente no existe una *teoría general de sistemas*, aunque este haya sido el intento” (Cursivas en el original).

Esa falta de desarrollo no impide que se pueda concluir que todo sistema es un complejo de elementos que se caracterizan por la relación que mantienen entre sí y su contexto, de tal manera que dichas relaciones actúan como agentes de transformación del conjunto, con lo cual la interacción y diferencia con el medio son fundamentales aunque aún no definitivos.

En efecto, también importa considerar que un sistema puede ser teleológicamente entendido, como lo expresó *supra* Álvarez (2012), al hablar de los objetivos del sistema, y entonces la finalidad es también definitoria.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el ligamento entre los elementos del sistema no es solamente lógico o jerárquico, sino que también es de contenido, por lo que las reglas de relación funcionan en razón del contenido de los elementos (Van de Kerchove y Ost, p.1997:93).

Recapitulando, el contenido de los elementos conceptuales o no, la finalidad y las relaciones internas del sistema y externas con el ambiente son factores que deben tomarse en cuenta al momento de describir, analizar y evaluar una realidad como sistema.

El método o enfoque sistémico, sea cual fuere el objeto de su aplicación, pudiera descalificarse por su modesto aporte a la comprensión y explicación de su objeto; sin embargo, no puede negarse su potencial capacidad de ordenar y administrar organizaciones, no solo las biológicas, bajo criterios de efectividad, aunque ello presupone una previa comprensión de la naturaleza humana, como de la historia. (Lilienfeld, 1984, p.305).

Ergo, como método o enfoque, puede transfigurar su objeto de conocimiento con la integración de elementos y relaciones previsibles y captados por el sistema, con eficiencia determinada por su disposición y capacidad de control. Por ello, la teoría jurídica no debe ver con indiferencia, por su aparente ajenidad al mundo normativo, la modelación de sistemas dinámicos, pues su definición podría ser trasladada al ámbito sociojurídico: “un modelo M será satisfactorio si lo es la respuesta a la cuestión C que ha motivado el modelado.”; y la respuesta es satisfactoria cuando permite una predicción acertada sobre el comportamiento del sistema (Aracil, 1986, p.146).

Este modelo podría llevar a considerar a los individuos como robots o transformarlos efectivamente en autómatas económicos, políticos, industriales y militares (Von Bertalanffy, 1975, p.126).

García (1991, p.2768) también teme que la teoría general de sistemas sea empleada por regímenes totalitarios, especialmente en el campo socialista, como lo destacó con relación a George Klaus y sus discípulos de la RDA; asimismo advierte la importancia que la idea de totalidad tiene en el pensamiento de Lukács, la cuál abre la posibilidad de que el marxismo le suministre base ontológica al sistema, en sí mismo abstracto. En síntesis, la llamada teoría general de los sistemas puede ser una potente herramienta de descripción, análisis y evaluación de cualquier realidad, pero si adquiere consistencia ontológica, coloca los elementos del sistema al servicio del fin del sistema y entonces el sentido del sistema dependerá de actos de gobierno, cuando se trate del *imperium* estatal.

He allí la significación política y jurídica que adquiere en la conformación de la ideología constitucional, como sucede en la CV-99, una de cuyas novedades es el empleo reiterado del término *sistema* (40 veces), superado por *régimen* (52 veces) y sobre todo por *derechos* (214 veces).

La CV-99 emplea la voz “*sistema*” en orden a la organización del poder estatal, financiero y tributario; y justicia. El primero comprende el control fiscal, el segundo abarca el sistema penitenciario y el servicio de defensa pública. En el orden prestacional está: salud, seguridad social, educación, ciencia y tecnología, vialidad y ferrocarriles; al final el sistema socioeconómico.

En consecuencia en la CV-99, el concepto de *sistema* se aplica tanto desde el ángulo interno de la organización del poder como el externo: relación con la sociedad (sistemas prestacionales) y control de la sociedad (sistema socioeconómico).

Prestando atención al sistema socioeconómico, se tiene que en el mismo la justicia social ocupa un lugar preponderante, de allí la necesidad de su examen.

JUSTICIA SOCIAL Y CONSTITUCIÓN

La noción de justicia social ha sido un punto de convergencia de la intelectualidad y el pensamiento político y jurídico venezolanos durante el siglo xx y lo que corre del presente.

Así como en nuestra evolución constitucional desde 1936, con distintos matices —pese a la breve interrupción de la Carta Magna de 1953—, y en particular en la CV-99, cuyo artículo 299 reza: “El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad,

a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad”.

El linaje de la justicia social se remonta al pensamiento social de la iglesia, concretamente a la encíclica *Quadragesimo Anno* del papa Pío XI, con su exigencia de la *redención del proletariado*. Ésta expone que las riquezas no están “rectamente distribuidas ni aplicadas con equidad a las diversas clases de hombres”; no obstante, la disminución del pauperismo que horrorizaba a León XIII (Pío XI, 1969, p.165). Éste sostiene que tal injusticia reclama un salario justo para lo cual hay que atender a las circunstancias del trabajador y de la empresa, dentro del marco del bien común: “la cuantía del salario debe acomodarse al bien público económico, que actúa como especie de parámetro para impedir aumentos o disminuciones excesivas de salario” (Pío XI, 1969, p.170).

El Estado es el árbitro que garantiza el indefinido *bien público económico*, el bien común y la realización de la justicia social: “la autoridad publica puede decretar puntualmente, examinada la verdadera necesidad del bien común y teniendo siempre presente la ley tanto natural como divina, qué es lícito y qué no a los poseedores en el uso de sus bienes” (Pío XI, 1969, p.157). Obviamente, la encíclica no se plantea que la acción del Estado pueda ser causa de la pobreza de muchos y de la riqueza de pocos.

Se ha interpretado que la justicia social corresponde a la *justicia general* de santo Tomás, quien distinguió en la justicia particular, la conmutativa y la distributiva. Como dice Calvez, ambos sentidos de la justicia “se hallan indisolublemente ligados, porque las relaciones con el prójimo tomadas individualmente son tan inseparables de la consideración del lugar que ocupa cada uno en la sociedad, que la existencia de la sociedad no puede separarse de las diversas relaciones interindividuales que la constituyen” (Virtuoso, 2004, p. 36-37). *Ergo*, más que una especie de justicia, la justicia social es la justicia.

La doctrina social de la iglesia y la justicia social, su concepto más emblemático, nace condicionada por el pauperismo y la necesidad político-religiosa de enfrentar el comunismo; sin embargo, al necesitar que sea el Estado el elemento operativo de la justicia, se produce una confusión, pues corresponderá al poder político establecer el *contenido material* de la justicia social.

Otro enfoque es el mantenido por Supiot (2015) que recuerda las palabras de Roosevelt, cuando afirmó que la justicia social es la garantía de la “paz universal y permanente”, función unida a su condición propia de la democracia, aspecto político, y a su enfrentamiento contra la pobreza: “Los hombres necesitados no son hombres libres”, citando de nuevo a Roosevelt. En esta línea de pensamiento, Supiot destaca dos caras de la justicia social: la axiológica, que reposa en la dignidad humana y los derechos económicos, sociales y culturales; y la procesal, que se ubica en la tensión entre la libertad de empresa y la individual, regulada por el derecho a huelga y la negociación colectiva.

El discurso de la justicia social, por lo general, no trasciende el plano emotivo en su denuncia de la pobreza de unos ante la riqueza de otros, dando por verdadero que esa desigualdad es consecuencia de la acción u omisión de los que más tienen en perjuicio de los que menos tienen. Tal enfoque es claramente inexacto, en su mayoría elude el problema de su aplicación, y cuando no, recurre a mecanismos liberales, inicialmente fustigados, como los señalados por Supiot.

La premisa de la justicia social no solo es inexacta, sino que también es una noción incapaz de satisfacer su promesa, por varias razones; en primer término, el acto de justicia es un acto de juzgar —lo cual no siempre se tiene presente— y,

por tanto, supone una regla contenida en la cópula del enunciado lingüístico del juicio. ¿Cuál regla califica a unos como despojadores de otros? ¿Cuál regla establece la magnitud del despojo? ¿Cuál regla determina cuánto de unos hay que entregar a otros?

En otro orden de ideas, pero también adverso, se encuentra Hayek (1985, p.25-26) para quien el término *justicia social* carece de sentido en una sociedad de hombres libres; no obstante, su predominio en el discurso político y su exitoso empleo para justificar las pretensiones de algunos grupos sociales. A su juicio, entendida como sinónimo de justicia distributiva, es inaplicable en una economía de mercado, pues en la misma no hay un árbitro distribuidor.

El acto injusto, agrega, supone una conducta individual violatoria de ciertas normas, lo que es incompatible con una economía de mercado donde la mutua prestación de bienes y servicios no permite ningún efecto distributivo que se pueda calificar o no como justo. Sin embargo, adiciona, hay una extendida creencia de que la *justicia social* existe porque si muchos creen, entonces *debe tener* algún contenido. En su opinión es una *superstición* basada en la creencia de que portamos los instintos de una sociedad diferente a la actual, donde habíamos vivido por mucho más tiempo que en el actual. De este modo, dice, se olvida que las apremiantes circunstancias de la edad primitiva determinaron muchos de los sentimientos morales indispensables en una sociedad pacífica y libre, incompatibles con la *justicia social* (Hayek, 1985, p. 25-26).

Su razonamiento, basado en que solo la economía de mercado garantiza el logro de los fines humanos y el pleno ejercicio de la libertad, puede ser distorsionado cuando se sostiene que las sociedades inmaduras no cuentan con las condiciones para el pleno disfrute de la libertad, lo que hace necesaria la justicia social. Tampoco este contraargumento es auspicioso por razones formales ya vistas y materiales.

Al Estado democrático de Derecho y de Justicia le correspondería imponer un *orden social justo*, según decisiones que se configuran en juicios formales, cuyas propiedades lógicas y axiológicas trascienden a la realidad material, y que se colocan en la tensión entre el reclamo sociopolítico de la *justicia social*, y los derechos individuales reconocidos constitucionalmente, tanto en un plano real, como normativo.

Materialmente estos juicios son incapaces de alcanzar una *sociedad justa* porque el arbitrio sobre la distribución afecta el derecho a la creación de riqueza, y entonces perdura una razón de injusticia que menoscaba la producción que, disminuida, no permite una asignación que iguale.

Esta conclusión puede ser objetada a la luz de la CV-99 porque ella no rechaza literalmente la iniciativa privada, sino que declara, por el contrario, que le corresponde la función, conjuntamente con el Estado, de promover el desarrollo económico para “lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica, democrática, participativa y de consulta abierta”. Es decir, distribución, sin desaliento de la producción ni afectación de derechos fundamentales del individuo.

La apertura de la planificación es aparente, pues al Estado le corresponde definir e implantar la estrategia a cuyos objetivos se someten la regla y el criterio de justicia social. No hay que olvidar que el concepto de estrategia es de génesis militar puramente instrumental, y que son los objetivos los que establecen la estrategia, y si, en el caso del régimen socioeconómico, el objetivo es la justa distribución de la riqueza como logro de la justicia social, y la regla de decisión la crea el Estado para sí y la sociedad; la participación de esta última, a lo sumo, se limita a la configuración estratégica, pero no en el carácter y contenido sustancial de los objetivos.

Otro argumento a favor de la compatibilidad de la justicia social con el Estado de Derecho, recae en el artículo 112 de la CV-99, según el cual cada quien puede dedicarse a la actividad económica de su preferencia, lo que para un sector importante de la doctrina venezolana consagra la economía de mercado. Es decir, liberalismo económico; tal razonamiento es incompleto.

El mismo precepto, a renglón seguido, limita la libertad económica por razones de interés social que determina el Estado. Luego, es una falsa libertad, pues su limitación no depende de la interacción con otros sujetos que ejercen libremente la actividad económica, sino que su alcance lo impone el Estado; por supuesto, en nombre de la justicia social, lo que significa que el límite no es necesariamente el derecho a la libertad económica del otro u otros.

En pocas palabras, afirmar que la CV-99 reconoce la libertad económica es una falacia, cuando ella es sustituida por la justicia social, que el Estado define y ejecuta dentro de la lógica sistémica que rige la organización del Poder Público y su relación con la sociedad.

IDEOLOGÍA DE LA CV-99

En la evolución constitucional venezolana ha privado la concepción política liberal respecto la organización del poder, lo que no se compadece con la experiencia real histórica, y en lo económico, desde 1936, se ha privilegiado el rol interventor del Estado en la economía, y de manera especial en la CV-99, por lo que no se puede afirmar que ésta representa un salto cualitativo, sino que forma parte de una línea evolutiva. Sin embargo, existen novedades en esta última.

En efecto, no es liberal en su concepción de ingeniería social más acentuada que en las precedentes, ni menos aún en la configuración de la actividad económica de los individuos que la conforman, por lo que alberga principios y valores de naturaleza excluyentes entre sí, que se resuelve, al menos en lo socioeconómico, en el predominio del control económico del Estado, pues a éste le corresponde fijar los objetivos en nombre de la justicia social, cuya regla decisora y proporciona, en un sistema cuya finalidad también determina.

CONCLUSIONES

La inclusión del término *justicia* en la fórmula definitoria del Estado debilita el Estado de Derecho, incluso en su extensión Social. En tanto, el concepto de *sistema* si se entiende ontológicamente e integrado por una finalidad, exacerba la potencia destructiva del Derecho: la finalidad la impone el Estado y la realiza por la planificación estratégica que a su vez depende de aquellos fines que estime *estratégicos*; (estrategia no es un término sustantivo).

En la ideología constitucional de la CV-99, el *sistema* no es solo organizacional del Poder Público y de su actividad prestacional, sino también de su ingeniería social. No obstante, la CV-99 no significa un cambio sustancial en la evolución constitucional venezolana aunque acentúa la tendencia interventora que la ha caracterizado. La ingeniería social del Estado a través del sistema socioeconómico convierte la libertad económica en una falsa libertad, en una falacia.

REFERENCIAS

1. Álvarez, Tulio (2012). *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. 5 ed., Tomo I, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
2. Aracil, Javier (1986). *Máquinas, sistemas y modelos. Un ensayo sobre sistémica*. Madrid: Tecnos.
3. Arismendi A., Alfredo (2006). *Derecho Constitucional*. Caracas. Derecho Constitucional. Materiales para el estudio de la carrera de Derecho. Universidad Central de Venezuela: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.
4. Aristóteles (2007). *Ética Nicomáquea*. Barcelona: Biblioteca Clásica Gredos.
5. Brewer-Carías, Allan (1978). "Los partidos políticos venezolanos son responsables de la ineficacia del Estado". En *Entrevistas de Alfredo Peña. Democracia y Reforma de Estado*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Políticos.
6. Camejo, Iraima (2000). *El Estado y los derechos económicos y sociales. El debate en la Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela (1946-47)*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
7. Comenárez Mujica, Hely (2012). El Estado social y democrático de Derecho y de Justicia como marco político para nuevas formas de interpretar y aplicar el orden. *Gestión y Gerencia*, 6(1), enero-abril, disponible en: <http://www.ucla.edu.ve/DAC/investigacion/gyg/GyG%202012/Abril%202012/5-%20HelyColmenarez.pdf>, consultado el 01 de noviembre de 2017.
8. Combellas, Ricardo (1979). El concepto de Estado Social de Derecho y la Constitución Venezolana de 1961. En *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*. Tomo II, Caracas: Universidad Central de Venezuela.
9. Delgado, Francisco José, (s.f.). *La idea de Derecho en la Constitución de 1999*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
10. Ferrater Mora, José (1979). *Diccionario de Filosofía*. Tomo IV, Madrid: Alianza Editorial, disponible en: <http://www.filosofia.org/enc/fer/sistema.htm>, consultado el 01 de noviembre de 2017.
11. García Pelayo, Manuel (1991). *Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución*. Obras Completas III. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

12. González P, José Valentín (2012). Las tendencias totalitarias en el Estado Social y Democrático de Derecho. En *Democracia Participativa*. Tomo VIII. Caracas: Universidad Metropolitana.
13. Hayek, Friedrich A. (1985). *Democracia, justicia y socialismo*. Madrid: Unión Editorial S.A.
14. La Roche, Humberto J. (1986). La Constitución de 1961: Balance y Perspectivas. En *La Constitución de 1961. Balance y Perspectivas. Ponencias presentadas al II Encuentro sobre Derecho Constitucional Venezolano*, 16 y 17 de enero de 1986. Maracaibo: Universidad del Zulia.
15. Lilienfeld, Robert (1984). *Teoría de Sistemas Orígenes y aplicaciones en ciencias sociales*. México: Trillas.
16. Loreto González, Irene (2005). *Génesis del Constitucionalismo en Venezuela*. Caracas: Centro de Investigaciones Jurídicas.
17. Luhmann, Niklas (1996). *Introducción a la Teoría de Sistemas. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*. México: Universidad Iberoamericana, Iteso, Anthropos, Editorial del Hombre.
18. Márquez, Trino (1998). *El Estado Social de Derecho*. Origen, evolución y situación actual. Caracas: Editorial Panapo.
19. Márquez L., Carmen María (2012). *Calidad democrática y la neoconstitucionalización del liderazgo político*. Un acercamiento al caso de Venezuela y Bolivia. Caracas: Funeda.
20. Mille Mille, Gerardo (1968). *Delitos contra la economía nacional*. Caracas: Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Central de Venezuela.
21. Pío XI (1969). Quagressimo Anno. En *Las Encíclicas del Mundo Moderno*. Barcelona Bruguera S.A. Libro Amigo.
22. Peña Solís, José (2008). *Lecciones de Derecho Constitucional General*. vol. 1. Tomo I. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
23. Ponce Esteban, María Enriqueta (2005). Los conceptos de Derecho y Justicia en Kant, Kelsen, Rawls, Habermas, Dworkin y Alexy, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/articulo/.../10608>, consultado el 01 de noviembre de 2017.
24. Santo Tomás de Aquino (1946). *La Justicia. Comentarios al Libro Quinto de la Ética a Nicómaco*. Buenos Aires: Cursos de Cultura Católica.
25. Supiot, Alain (2015). ¿Qué justicia social e internacional en el siglo xxi? Conferencia de apertura del XXI Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (Ciudad del Cabo, 15-18 de

septiembre de 2015), disponible en: https://www.college-de-france.fr/media/alain-supiot/UPL7069441684883113359_Supiot_CapeTown_September_2015_ES.pdf. Consultado el 01 de noviembre de 2017.

26. Van de Kerchove, Michael y Ost, François (1997). *El sistema jurídico entre orden y desorden*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
27. Van Beneden, Louis y Del Percio, Enrique (2001). *Maleducación. Sobre la dominación y la educación dominada*. Buenos Aires: Altamira. Flatec.
28. Virtuoso Arrieta, Francisco José (2004). *Justicia Social en Venezuela. La preocupación social de la Compañía de Jesús en Veenzuela. 968-1992*. Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello. Fundación Centro Gumilla. Compañía de Jesús.
29. Von Bertalanffy, Ludwig (1975). *Perspectivas en la teoría general de sistemas*. Madrid: Alianza Editorial.
30. Von Bertalanffy, Ludwig (1989). *Teoría General de los Sistemas*. México: Fondo de Cultura Económica.
31. West Churman, C. (1984). *El enfoque de sistemas*. México: DIANA.
32. Yungano, Arturo R. (1983). *Ensayo sobre la evolución de la idea de justicia*. Buenos Aires: Ediciones Macchi.
33. Zagrebelsky, Gustavo y Martini, Carlo María (2006). *La exigencia de justicia*. Madrid. Trotta.

Naturaleza de la Constitución de la Ciudad de México

Nature of the Constitution of the Mexico City

JESÚS CASTILLO SANDOVAL*

Resumen El objetivo de este ensayo es determinar si, de acuerdo con el orden jurídico mexicano, la Constitución de la Ciudad de México CDMX tiene las características de la Constitución de un estado soberano o se trata de una ley secundaria suprema local.

Palabras clave Teoría Constitucional, Constitución, Congreso Constituyente.

Abstract The purpose of this essay is to determine whether, in accordance with the Mexican legal order, the Constitution of the City of Mexico CDMX has the characteristics of the Constitution of a sovereign state or it is a supreme local secondary law.

Key words Constitutional Theory, Constitution, Constitutional Congress.



Esta obra está bajo licencia Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0
International (CC BY-NC-SA 4.0)

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿La Constitución de la CDMX es una Constitución o ley secundaria? Si es propiamente una Constitución, por su naturaleza es inimpugnable, por el contrario, si se trata de una norma suprema estatal subordinada a los mandatos de la Constitución Federal es recurrible, como cualquier ley secundaria. El dilema es determinar su naturaleza constitucional conforme al análisis analítico crítico de cada una.

MARCO HISTÓRICO

Históricamente consta en el acta constitutiva de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos del 31 de enero, sancionada el 4 de octubre de 1824; en el artículo 5 se describen los estados y territorios que conforman la república mexicana; en el artículo 161, fracción II, le impone como obligación a los estados publicar por medio de sus gobernadores su Constitución, leyes y decretos. A raíz de la conquista nuestro país estaba integrado por provincias independientes, fue así que, con posterioridad a la revolución de independencia, el 31 de enero de 1824 se suscribió el acta constitutiva de los Estados Unidos Mexicanos con el objeto de constituir una república representativa popular, federal, adoptando el principio de la división de poderes.

La soberanía del pueblo se agotó al constituirse la república mexicana, quedando las entidades federativas subordinadas a los mandatos de la Constitución Federal. En la Constitución del 5 de febrero de 1857, sección II, relativa a las partes integrantes de la federación y del territorio nacional, se estableció: Artículo 46: “El Estado del Valle de México se formará del territorio que en la actualidad comprende el Distrito Federal, pero la erección solo tendrá efecto, cuando los supremos poderes federales se trasladen a otro lugar”. Como se advierte, dicha Constitución previó como condición, para el caso, que los poderes federales cambiaran su residencia el reconocimiento de otro Estado de la República, el Estado del Valle de México.

Desde entonces, los Poderes de la Unión han tenido su residencia en el Distrito Federal y por esta razón no se ha erigido el Estado del Valle de México, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reformó a la del 5 de febrero de 1857, previó en el artículo 44: “El Distrito Federal se compondrá del territorio que actualmente tiene y en el caso de que los poderes federales se trasladen a otro lugar, se erigirá el Estado del Valle de México, con los límites y extensión que le asigne el Congreso General”.

Conforme al artículo 73, fracción V, de la Constitución actual, el Congreso de la Unión tiene facultad para cambiar la residencia de los Supremos Poderes de la Federación. Los estados que la conformaron, al aprobarse la Constitución Federal, tuvieron la calidad de soberanos, actualmente material y constitucionalmente son autónomos, ello es así porque cada estado o entidad federativa tiene su sistema legal

subordinado al orden federal. Suceso pactado en la Constitución de 1917, artículo 124: “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados”.

En 1928 se reformó el artículo 73 fracción VI, y a través de esto se eliminaron los municipios con ayuntamientos y fueron sustituidos por delegaciones del D.F. En ese mismo año se aprobó la ley orgánica del D.F. que entró en vigor el 01 de enero de 1929, la cual determinó que el gobierno del D.F. estaría a cargo del Presidente de la República, quien gobernaría, por conducto del Jefe del Departamento del D.F., a quien podía nombrar y remover directamente. El Jefe del Departamento del D.F. tenía la facultad de nombrar directamente a los delegados y el Presidente de la República gozaría del mando de la fuerza pública del D.F.

En 1941 entró en vigor la nueva ley orgánica del D.F., la cual en el artículo 8 estableció que el territorio del D.F. comprendía las siguientes delegaciones: Gustavo A. Madero, Azcapotzalco, Iztacalco, Coyoacán, Villa Álvaro Obregón, Magdalena Contreras, Cuajimalpa, Tlalpan, Iztapalapa, Xochimilco, Milpa Alta y Tláhuac. En la reforma de 1970 a la ley orgánica del D.F. se crearon las delegaciones de Miguel Hidalgo, Benito Juárez, Cuauhtémoc y Venustiano Carranza.

En agosto de 1987 se derogó la fracción VI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se suprimió la facultad del Congreso de la Unión para legislar para el D.F., creándose la Asamblea de Representantes del D.F. con atribuciones para aprobar bandos, ordenanzas y reglamentos de policía y buen gobierno, aprobar nombramientos de magistrados del Tribunal Superior de Justicia del D.F. y presentar ante el Congreso de la Unión iniciativas de ley o decretos.

En 1993 se reformó la ley orgánica del D.F., la cual sustituyó a la Asamblea de Representantes del D.F. por el de Asamblea Legislativa del D.F., siendo titular del Ejecutivo el Jefe del Departamento del D.F.

El 1994 el Congreso de la Unión expidió el estatuto de gobierno del D.F.; en el artículo 2 se estableció que el D.F. la sede de los poderes de la unión y capital de los Estados Unidos Mexicanos.

En el artículo 7 se estableció la dualidad de gobiernos, federal y local, pues se mandató que el gobierno del D.F. estaría a cargo de los Poderes de la Unión y de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial de carácter local.

Mientras que en el artículo 23 se previó la competencia del Congreso de la Unión para legislar en lo relativo al D.F., con excepción de las materias conferidas expresamente a la Asamblea Legislativa del D.F.

Para 1997 se llevaron a cabo las primeras elecciones para el Jefe de Gobierno del D.F.; resultando electo Cuauhtémoc Cárdenas Solorzano.

Finalmente, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 29 de enero de 2016, se publicaron reformas a la Constitución General de la República, en la relativa al artículo 40 se reiteró la voluntad de pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática y federal, compuesta por estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior y por la CDMX, unidos en una federación establecida según los principios de la ley fundamental. También se reformó el artículo 44 constitucional para quedar de la siguiente manera:

La Ciudad de México es la entidad federativa sede de los Poderes de la Unión y Capital de los Estados Unidos Mexicanos, se compondrá del territorio que actualmente tiene y, en caso de que los poderes federales se

trasladen a otro lugar, se erigirá en un Estado de la Unión con la denominación Ciudad de México.

Respecto a las reformas del artículo 122 de la Constitución General de la República, se mandató: “La Ciudad de México es una entidad federativa que goza de autonomía en todo lo concerniente a su régimen interior y a su organización política y administrativa”.

Una Constitución es el documento supremo de un país, en nuestro caso representa la cúspide de la jerarquía de las normas en el estado de derecho. De la Cueva (1982) refiere: “La Constitución es la norma que organiza los poderes y determina las competencias, por lo que necesariamente es superior a las autoridades investidas por ella de atribuciones”.

En las relatadas condiciones, la supremacía constitucional implica la coexistencia de tres órdenes de gobierno: federal, estatal y municipal; lo anterior significa que las entidades federativas no pueden realizar actos o funciones que le corresponden a los órganos federal, administrativo, legislativo y judicial.

En efecto, el estado federal tiene las funciones asignadas concreta y particularmente por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y todo lo que no está expresamente asignado a la federación será competencia de las entidades federativas; por lo tanto, los estados de la federación propiamente no son soberanos, pues se encuentran sometidos a la potestad de la federación mexicana, así que las entidades federativas y la CDMX son autónomas en todo lo que se refiere a su régimen interno, pero ineludiblemente deberán ajustarse al modelo federal, así lo dispone el artículo 41: “El pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la unión, en los casos de la competencia de estos, y por los de los estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la Constitución Federal y por las particulares de los estados”.

De lo anterior, se deduce que el congreso federal no puede emitir leyes sobre asuntos que le corresponden a los estados y éstos tienen la misma restricción de emitir leyes locales que invadan la competencia de los poderes federales.

Un motivo de reflexión consiste en aclarar que entre la federación y las entidades federativas coexiste soberanía, pero es solo una y está asignada a los poderes federales y a los poderes de los estados; en la distribución de competencias, las entidades federativas tienen la restricción de ejercer los actos soberanos descritos en los artículos 117 y 118.

Conforme a la historia de nuestro país, al convocarse al constituyente de 1917, el congreso constituyente fue originario y los diputados que lo integraron ejercieron absoluta libertad para elaborar el texto de la Constitución Federal.

MARCO CONCEPTUAL

Desde el punto de vista de la teoría de la soberanía, la doctrina sostiene que solo existe una sola soberanía que significa no encontrarse sometido a ningún otro poder y ésta recae en la federación en los asuntos de su competencia y en los estados federados por lo que respecta a su régimen interior.

Al respecto Martí Capitanachi (2002) establece: En la respuesta en que existe coincidencia plena entre los diferentes autores, y que además apa-

rece plasmada en los textos constitucionales es aquella que considera que es el pueblo o nación el titular originario de ese poder supremo, que es cuando una sociedad determinada ejerce su voluntad para darse una cierta organización jurídico política, esto es, de constituirse como está (p. 650).

Así, el estado federal y las entidades federativas constituyen un orden jurídico superior mandatado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La Constitución Federal establece la distribución de competencias que corresponde a los estados y la asignada a la federación.

Una vez que el pueblo, a través del constituyente originario, aprueba su Constitución, éste desaparece cediendo su lugar a la norma suprema constitucional, por tanto, los poderes federales y los órganos de los estados se encuentran sujetos y obligados a cumplir los mandatos constitucionales; consecuentemente, los gobernantes están obligados a ajustar sus actos a la Constitución. La Constitución Federal en sentido material está integrada por los fundamentos que regulan la creación de las normas jurídicas, tanto federales como locales.

En el caso del constituyente para la CDMX, se trata de una Asamblea híbrida integrada por diputados constituyentes designados por el Ejecutivo Federal, el Jefe de Gobierno de la CDMX, la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores y 60 diputados constituyentes elegidos por el principio de representación proporcional.

Lo anterior demuestra que el constituyente para la CDMX no fue un congreso libre porque 40% de los constituyentes dependieron de poderes fácticos; por lo tanto, no tuvieron libertad en la elaboración de la Constitución, ya que algunos de ellos tenían el cargo de diputados y senadores del Congreso de la Unión y simultáneamente fueron designados como diputados constituyentes, lo cual implica que dependieron políticamente de quienes los designaron.

Por otra parte, el texto de la Constitución no fue elaborado por los constituyentes, sino redactado por el Jefe de Gobierno de la CDMX, una vez discutido por los constituyentes designados y electos se limitaron a aprobar el texto constitucional que les fue entregado, es decir no fue el pueblo quien, en uso de su soberanía, redactó la Constitución, sino un órgano gubernamental como lo es el Jefe de Gobierno de la CDMX, mismo que se encargó de elaborar el proyecto de Constitución; es decir, no puede sostenerse que se trate de un texto elaborado por el pueblo a través de los diputados constituyentes.

Por ello, se debe estimar que la Constitución para la CDMX formalmente se trata de una ley jerárquicamente inferior a la Constitución Federal de la República, subordinada a los paradigmas que la misma establece, por esta razón jerárquicamente se debe estimar que es una ley secundaria, mas no una Constitución.

Fortalece el anterior argumento el criterio contenido en la tesis CXXVIII/2010 sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que resolvió:

CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS. EN LO QUE TOCA A SUS RÉGIMENES INTERNOS SON NORMAS AUTÓNOMAS RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Si se toma en cuenta que las constituciones locales constituyen cuerpos normativos dictados por los estados de la Federación en ejercicio de su autonomía y soberanía interior, es dable considerar sus preceptos como

normas autónomas respecto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en términos materiales y formales, por lo que ve al régimen interior de los estados, por ser parte de un ordenamiento fundamental dentro de la entidad federativa donde fue emitido. Lo anterior es así, porque la Constitución Federal, al consignar en su artículo 40 la forma de gobierno del pueblo mexicano, señala que es la de una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una Federación establecida según los principios de la propia Constitución y que, al regular el ejercicio del poder soberano, en términos de su artículo 41, establece que el pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la propia Ley Suprema y por las Constituciones particulares de los Estados; postulados éstos que indudablemente consagran la autonomía de las entidades federativas en cuanto a su régimen interno, así como el ejercicio soberano del poder local.

Zagrebelsky (citado en Carbonell, 2000, p.67) refiere que: “La doctrina del Poder Constituyente se remonta a la experiencia revolucionaria francesa, cuando los representantes del tercer estado en los ‘estados generales’ se impusieron la tarea de “dar una Constitución a Francia”. El Poder Constituyente es el poder político absoluto o soberano (sin límites jurídicos) y concentrado (no repartido con otros sujetos). Como se observa, la idea central con relación al constituyente es que sea un órgano soberano, libre e independiente de cualquier otra autoridad. Asimismo, concibe a la Constitución como la fuente del derecho, más aún, como la máxima entre las fuentes del derecho. Tarello (citado en Carbonell, 2000) dice:

Normalmente, las constituciones incluyen a) normas que confieren derechos de libertad a los ciudadanos regulando de esa forma las relaciones entre los ciudadanos y el poder político; b).- normas sobre la legislación y más en general, normas que confieren poderes a los órganos del estado, regulando así la organización del poder político del mismo (p. 99).

Como se ve, la Constitución Federal contiene mandatos al legislador y a los jueces, sobre el proceso legislativo y la aplicación de las leyes. Tratándose de la elaboración de una Constitución, es claro que los integrantes del Congreso Asamblea Constituyente son al mismo tiempo titulares de la soberanía, pues son ellos quienes representan la voluntad general y simultáneamente la voluntad política del pueblo, por tanto, son libres y su actuación está exenta de restricciones. De la Cueva (1982) describe a la Constitución:

La Constitución es la norma que organiza los poderes y determina las competencias por lo que necesariamente es superior a las autoridades investidas por ella de atribuciones; de ahí que la autoridad que actúa en contra de la Constitución dé un golpe de estado y pierda su legitimidad. De estas ideas afirma Burdeau fluyen las consecuencias siguientes: la supremacía material es un reforzamiento del principio de legalidad, pues si los actos contrarios a las leyes civiles, penales o laborales, son ilícitos, con mayor razón lo son los que contradicen la Constitución (p. 94).

Esto permite deducir que la cualidad del constituyente es ser un órgano supremo, libre y soberano que le corresponde organizar a un estado. La Constitución es un ordenamiento supremo que distribuye la competencia que le corresponde a los órganos de poder y una vez que se promulga el ordenamiento supremo, las autoridades se encuentran sometidas a los mandatos constitucionales.

Tratándose de un estado federal, en la Constitución se distribuyen las competencias que le corresponden a la federación y la de los estados federados. La norma que establece la supremacía constitucional implica que la federación es la titular de la soberanía que el pueblo le confirió, y que las entidades estatales no pueden ejercer ni realizar ninguna atribución de las que le corresponde al estado federal, por el contrario, tienen la obligación de seguir el paradigma federal.

Los estados formal y materialmente no son soberanos, pues se encuentran restringidos por los fundamentos constitucionales federales, son autónomos en lo que se refiere a su régimen interior; por ello, la Constitución de cualquier entidad federativa, y en especial la de la CDMX, tiene el rango de ley local, restringida por los mandatos de la Constitución Federal. Incluso en el artículo 133 constitucional se advierte la prevalencia de la Constitución, los tratados internacionales celebrados por el Presidente de la República con la aprobación del senado y las leyes que emanen del Congreso de la Unión que constituyen la ley Suprema de la Unión, a los que deberán ajustarse todos los jueces de las entidades de la república. Por su parte, el artículo 124 constitucional establece que las facultades que no están expresamente concedidas por la Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservados a los estados.

Para determinar la naturaleza jurídica de la Constitución de la CDMX se debe considerar que una Constitución es un pacto social donde el pueblo, a través de sus representantes constituyentes, se reúne para formar un ordenamiento supremo. Nuestro antecedente histórico respecto a lo que es un constituyente tiene su correlación en el término de 1917.

Tratándose de la Constitución para la CDMX se advierte que para redactarla no se convocaron a diputados constituyentes, sino que previamente hubo un acuerdo político donde las fuerzas políticas del país acordaron designar diputados constituyentes; este hecho acredita que no hubo una convocatoria dirigida a los ciudadanos para elegir a los constituyentes de la CDMX y que democráticamente pudieran haber sido elegidos por el pueblo a través del sufragio, sino que se convocaron a políticos para desempeñar el cargo de constituyente, circunstancia que desnaturaliza la elección de los diputados constituyentes; asimismo no debe soslayarse el hecho de que los diputados y senadores federales designados con calidad de constituyentes para la CDMX no pueden funcionar como legisladores de la federación y diputados constituyentes, conforme a la prohibición mandatada en el artículo 125 constitucional que dice: “Ningún individuo podrá desempeñar a la vez dos cargos federales de elección popular, ni uno de la federación y otro de un Estado que sean también de elección; pero el nombrado puede elegir entre ambos el que quiera desempeñar”.

No se explicó la razón para elegir diputados por el principio de representación proporcional en una circunscripción plurinominal, además se debió elegir a personas capacitadas en materia constitucional, con conocimientos y una cultura suficiente para elaborar una Constitución, se debieron aprobar reglas para elaborar los principios y fundamentos que asignaban atribuciones y facultades para las autoridades de la CDMX, así como la descripción de los derechos humanos, con base en el paradigma constitucional federal.

Además, se permitió registrar formulas a partidos políticos cuando la convocatoria debió ser abierta a ciudadanos del D.F. que hicieron disposiciones, mandatos, principios constitucionales, y diferenciar las jerarquías normativas.

Entre los requisitos se debió exigir a los aspirantes a constituyentes tener conocimiento sobre la materia que contiene una Constitución, pues no se puede elaborar una ley suprema de una entidad federativa si no existe una cultura mínima sobre la materia.

Es preciso distinguir el gobierno del D.F. y el de los poderes federales que en la CDMX interactúan, a través de sus órganos legislativo, ejecutivo y judicial de carácter local, y los federales con las competencias que la Constitución Federal les asignó

Así, la Constitución de la CDMX es una ley suprema local, subordinada y restringida a los mandatos de la Constitución Federal; para demostrar lo anterior se transcribe parte medular del contenido del artículo séptimo transitorio de las reformas a la Constitución general del 29 de enero de 2016, con la que se acredita que en la convocatoria al congreso constituyente para la CDMX se cometieron irregularidades.

ARTÍCULO SÉPTIMO. -La Asamblea Constituyente de la Ciudad de México se compondrá de cien diputados constituyentes, que serán elegidos conforme a lo siguiente:

A. Sesenta se elegirán según el principio de representación proporcional, mediante una lista votada en una sola circunscripción plurinominal, en los siguientes términos:

B. Catorce senadores designados por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara, a propuesta de su Junta de Coordinación Política.

C. Catorce diputados federales designados por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara, a propuesta de su Junta de Coordinación Política.

Los legisladores federales designados como diputados constituyentes en términos del presente Apartado y el anterior, continuarán ejerciendo sus cargos federales de elección popular, sin que resulte aplicable el artículo 62 constitucional.

D. Seis designados por el Presidente de la República.

E. Seis designados por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal.

Con base a lo anterior, la Constitución Federal es un conjunto de normas fundamentales, de las cuales deriva la validez de las demás normas. En ella se organiza la nación, pues se establecen las funciones y competencia que les corresponden a los órganos del estado.

Al conjunto de personas que crean a la Constitución se les denomina constituyentes, este órgano constituyente tiene la encomienda de redactar y estructurar la norma fundamental a través de un procedimiento constituyente; por ejemplo, el 19 de septiembre de 1916 Venustiano Carranza, en su calidad de jefe del ejército constitucionalista, ostentándose como encargado del poder ejecutivo de la república, con fundamento en el artículo cuarto, de las adiciones al plan de Guadalupe, expedidas el 12 de diciembre de 1914, decretó: "Se convoca al pueblo mexicano a elecciones de diputados al Congreso Constituyente, el que deberá reunirse en la ciudad de Querétaro y quedar instalado el 1 de diciembre del corriente año".

La convocatoria para redactar una Constitución Federal o local no se hace a una parte de la población, sino a su totalidad. Atento a lo anterior, el congreso constituyente es un órgano político y jurídico que realiza actos soberanos, cuyo objetivo es promulgar una Constitución. El pueblo es el que elige a los diputados constituyentes y el acto de elección puede comprenderse bajo el supuesto de que las personas electas van a crear una Constitución.

Conforme al artículo 39 de la Constitución Federal, todo poder dimana del pueblo, lo que quiere decir que es el pueblo en realidad el que organiza y distribuye el poder, a través de sus diputados constituyentes, elegidos del sufragio. Los elementos constitutivos para crear un Congreso Constituyente son dos:

1. El electorado constituyente, que es el pueblo quien a través del sufragio elige a todos los diputados constituyentes.
2. El Congreso Constituyente, formado por los diputados que fueron elegidos a través de la elección de los diputados constituyentes.

Si falta uno de estos elementos o ambos significa que el procedimiento para la elección del congreso constituyente fue realizado de una manera diferente a la forma en que se crea una Constitución.

El poder constituyente es el creador de la Constitución documento que contiene normas supremas que establecen con precisión quiénes son los órganos del estado, y en ellas se fijan sus atribuciones y competencias. Le corresponde al poder constituyente determinar quiénes son los poderes constituidos y fijar los límites de la competencia de los funcionarios administrativos, legislativos y jurisdiccionales, pues la función esencial del referido poder es la creación de la Constitución de un estado.

Según Schmill (1971), para elaborar una Constitución se reconocen dos órganos constituyentes: el autocrático y democrático. Los constituyentes autocráticos se pueden identificar como la actuación de un tirano o un déspota, que impone una Constitución, en este caso el titular no ha sido elegido por el pueblo, ni es el pueblo el que emite la Constitución. Por su parte, el democrático se identifica cuando las personas respecto a las cuales se va a aplicar la Constitución son las que eligen a los diputados que en su nombre van a crear una Constitución.

Cuando el estado mismo a través de cualquiera de sus órganos designa diputados constituyentes estamos en presencia de un constituyente autocrático, cuando se combinan los diputados constituyentes designados con los diputados elegidos a través de las elecciones podemos advertir que estamos en presencia de un Congreso Constituyente híbrido con tendencia minoritaria autocrática, como sucedió con la Asamblea Constituyente de la Ciudad de México. Schmill (1971) define a la Constitución como: “Una Constitución es el conjunto de normas que establecen los órganos del estado, las relaciones entre estos, los procesos fundamentales de creación de las normas que integran el orden jurídico y los contenidos necesarios, excluidos o potestativos de esas normas” (p. 90). Con base en esta definición, esencialmente una Constitución tiene dos partes fundamentales:

1. La parte que describe los órganos supremos del estado, las relaciones entre dichos órganos y particularmente la forma de producir las normas jurídicas.
2. Los límites que cada órgano del estado tiene, es decir, su competencia y el reconocimiento de los derechos humanos de la población.

La Constitución para la CDMX propiamente es una ley suprema limitada, pues su ámbito de aplicación es el mismo territorio; simultáneamente es una ley subordinada a la Constitución Federal en términos de los artículos 40, 41 y 133, los cuales mandatan que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la ley suprema de la Unión y si bien los estados son libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, sus constituciones, en ningún caso, podrán contravenir los fundamentos del pacto federal. Este principio constitucional es suficiente para demostrar que las entidades federativas de la república mexicana son autónomas, pero no soberanas.

Una Constitución después de que es aprobada por el constituyente originario es inimpugnable de acuerdo al principio de supremacía que rige a la Constitución Federal, consecuentemente la Constitución de la CDMX tiene la jerarquía de una ley secundaria porque fue impugnada a través de siete medios de control constitucional, cuatro de ellos fueron acciones de inconstitucionalidad, tres controversias constitucionales y un juicio de amparo promovido por Javier Quijano Baz del que se desistió el 22 de marzo de 2017.

Las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales son procedimientos de control constitucional, previstas en el artículo 105, fracciones I y II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Estas últimas tienen como propósito resolver conflictos entre dos poderes federales, legislativo y ejecutivo, pues no existe la posibilidad de promover una controversia constitucional contra actos del poder judicial Federal, también procede por conflictos entre los tres poderes de las entidades federativas o, en su caso, entre los tres órdenes de gobierno por invasión de competencias; el objeto de las controversias es robustecer el federalismo y garantizar el respeto estricto a la Constitución Federal.

Las acciones de inconstitucionalidad tienen el propósito de que la suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), como tribunal constitucional, determine si alguna ley o disposición de carácter general de menor jerarquía transgrede algún precepto de la Constitución Federal.

La Constitución de la CDMX fue impugnada mediante acciones de inconstitucionalidad por el Movimiento Regeneración Nacional (MORENA), la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), la Procuraduría General de la República (PGR) y el Partido Nueva Alianza, con la interposición de controversias constitucionales promovidas por la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México y el Senado de la República; las siete impugnaciones fueron turnadas al Ministro de la SCJN, Javier Laynez, quien las tiene para elaborar los proyectos y someterlos al pleno del Tribunal constitucional; lo anterior acredita que se trata de una ley local, que no puede eludir el control constitucional abstracto que permite determinar si dicho ordenamiento legal se encuentra subordinado al pacto federal.

El 05 de Febrero de 2017, cuando la asamblea constituyente aprobó la Constitución de la CDMX, impugnada ante la SCJN por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México por la aprobación de los artículos 35 y 37; por el Movimiento de Regeneración Nacional MORENA, la conformación de la asamblea constituyente; la PGR, por aprobación de más de 40 artículos, la CNDH, por limitación de salarios a funcionarios; el Partido Nueva Alianza, por la aprobación de los artículos que regulan el cabildo y la elección de alcaldes y por la Consejería Jurídica de la presidencia, por supuesta invasión de facultades federales. La admisión de las acciones de inconsti-

tucionalidad demuestra que las normas locales pueden ser impugnadas no así las normas constitucionales que son inimpugnables.

La conformación de la asamblea constituyente fue irregular porque fueron designados 14 senadores y 14 diputados federales por la junta de coordinación política del Congreso Federal, como diputados constituyentes, en ninguna parte se fundamentó esta decisión de poder ni se justificaron las razones para designarlos; es decir, no fueron ciudadanos de la CDMX parte de los diputados constituyentes, sino políticos quienes ejercieron trabajos constitucionales sin estar legitimados por los ciudadanos del D.F.

Además se designaron seis diputados constituyentes por el Presidente de la República y seis por el Jefe de Gobierno de la CDMX sin que en el texto de la Constitución Federal aparezca dicha atribución para los referidos gobernantes, lo cual permite arribar a la consideración que la Constitución para la CDMX es una ley secundaria restringida por las disposiciones de la Constitución Federal.

Coincidimos en que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es un pacto federal donde el pueblo depositó su soberanía en el constituyente de 1917 y cuando éste terminó su trabajo y promulgó la Constitución, tanto gobernantes como gobernados, quedamos sujetos al orden constitucional.

Conforme a lo anterior, la República Mexicana se constituyó con la forma de estado federal, de tal manera que ninguno de sus estados miembros puede ser soberano, por lo tanto, las disposiciones que conforman la Constitución de la CDMX deben entenderse como disposiciones susceptibles de ser impugnadas en forma abstracta o a través de cualquier acto de aplicación por parte de cualquier interesado.

La autodeterminación que reconoce la Constitución Federal a las entidades federativas coexiste con la soberanía del estado federal, pero es este último el que ejerce la soberanía nacional.

La naturaleza jurídica de la Constitución de la CDMX no es de una Constitución que corresponda a un estado federal, sino que se trata de una ley que deriva de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual, en términos del artículo 133 constitucional, es la ley suprema de la unión; siendo cierto lo anterior, aquella materialmente es una ley que reglamenta diversos preceptos de la Constitución Federal.

El texto de la Constitución para la CDMX la concibe como una entidad integrante de la federación con calidad autónoma, sujeta al pacto federal. Todas las entidades federativas, incluyendo la CDMX, son entes autónomos, pero no soberanos, pues se sitúan en nuestro estado de derecho en un nivel jerárquicamente inferior a la Constitución Federal.

Las entidades federativas, a través de las legislaturas de los estados, no son poderes constituyentes que representen a un pueblo determinado, sino congresos que con base en su autodeterminación pueden aprobar leyes supremas en el estado, pero que por encontrarse subordinadas a la Constitución Federal no pueden ser consideradas constituciones; son leyes o estatutos locales que en lo interno se encuentran en la cúspide del sistema legal estatal, pero en lo federal se encuentran restringidas por los fundamentos, principios y mandatos que establece la Constitución del pacto federal.

Los estados o entidades federativas pueden en ejercicio de su autonomía adicionar o aumentar los derechos humanos, estos actos de ninguna forma transgreden las disposiciones constitucionales federales, pues éstas son derechos mínimos de los gobernados, los cuales pueden ser extendidos por las legislaturas de las entidades

federativas, pero no los pueden disminuir o suprimir porque al atentar contra la Constitución Federal, sus actos serían calificados de inconstitucionales.

Otras razones para decir que la Constitución de la CDMX, propiamente no es una Constitución sino una ley son:

La Constitución de 1917 no facultó expresamente al Ejecutivo Federal, Jefe de Gobierno de la CDMX, Cámara de Senadores ni a la Cámara de Diputados para designar constituyentes para la CDMX, ya que nuestra Constitución al establecer el sistema electoral que nos rige no establece esta facultad. La designación realizada desnaturalizó la legitimidad de los diputados constituyentes de la CDMX.

El poder constituyente de 1917, una vez que aprobó la Constitución para la República Mexicana, desapareció, cediendo sus poderes a los poderes constituidos. Dentro de ellos se encuentra el Poder Constituyente permanente que sí tiene los límites establecidos en la propia Constitución, entre ellos respetar el sistema electoral, por tanto, no tenía facultades para inaplicar el artículo 62 de la Constitución Federal.

Respecto a las reformas a la Constitución General de la República, ésta establece que las realizará el constituyente permanente, pero este órgano no puede contravenir el sistema de elección de diputados constituyentes para una entidad federativa, en todo caso quien debió aprobar el sistema de elección de ellos era la Asamblea Legislativa del entonces D.F. mediante un procedimiento análogo al de la Constitución de 1917, al no haber un procedimiento en la Constitución General ni en el estatuto de gobierno para nombrar constituyentes locales con base en el artículo 40 constitucional.

El D.F. para emitir su ley suprema local tenía la facultad constitucional de darse su propia Constitución porque este ordenamiento se aplicará en su régimen interior, con la aclaración, de que la Constitución para la CDMX no es ni será ley Suprema de la Unión, sino una ley suprema Local restringida a los mandatos que la misma establece, ya que el poder político del D.F. hoy CDMX, estaba y está sujeto a los mandatos federales en términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por lo anterior, los actos del referido constituyente por no ajustarse al modelo constitucional pueden ser cuestionados por cualquier interesado.

La razón por la que la Asamblea Constituyente de la Ciudad de México no tiene la calidad de “constituyente” radica en que el constituyente originario es libre, no está sujeto a ningún poder real ni factico. En cambio, el constituyente para la CDMX, antes de ser convocado, ya se encontraba acotado o restringido por los mandatos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por tanto, la Constitución para la CDMX es una ley Local. Un constituyente originario no está limitado por ninguna ley ni autoridad; por tanto, el Constituyente de la CDMX al estar sujeto al Estado de derecho nacional y a la Constitución Federal no tuvo el poder ilimitado.

Al existir la Constitución General de la República, así como jueces defensores de la inviolabilidad constitucional con facultades para sancionar a los constituyentes de la CDMX que pudieran violar el pacto federal se traduce en un constituyente limitado y sin libertad, por tanto, fue un constituyente limitado.

CONCLUSIONES

La Constitución para la CDMX es una ley inferior a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus normas pueden ser impugnadas por parte interesada, no sucede lo mismo con los fundamentos constitucionales federales que son inimpugnables. La razón constitucional es que en nuestro país solo hay una soberanía, la del estado federal y las entidades federativas tienen autonomía interior.

El 05 de febrero del 2017 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el texto de la Constitución Política de la Ciudad de México, la cual fue impugnada por órganos gubernamentales y organismos autónomos y un partido político, que interpusieron acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales como se ha precisado en este artículo, hecho que demuestra que el ordenamiento citado no es supremo y se encuentra subordinado a la Constitución Federal.

El litigio es político judicial, donde será el constituyente de la CDMX el que defienda el texto constitucional y el tribunal constitucional el que determine si las normas de la Constitución impugnada se ajustan o no a la Constitución Federal.

REFERENCIAS

1. Carbonell, M. (Comp) (2000). *Teoría de la Constitución*. México: Porrúa.
2. De la Cueva, M. (1982). *Teoría de la Constitución*. México: Porrúa.
3. Instituto Belisario Domínguez, Senado de la Republica (2017). Las impugnaciones a la Constitución política de la Ciudad de México. Dirección General de Investigación Estratégica, disponible en: <http://bibliodigitalbd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/3500/RTE%2046%20FINAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, consultado el 01 de noviembre de 2017.
4. Martí Capitanachi, L. (2002). Las constituciones locales en el sistema federal mexicano ¿son verdaderas constituciones? En Serna de la Garza, J. (Coord.) *Federalismo y Regionalismo*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
5. Schmill Ordoñez, U. (1971). *El Sistema de la Constitución Mexicana*. México: Porrúa.

Pasos para una reingeniería del control judicial inmediato para el fortalecimiento de la democracia

Steps to reengineering of immediate judicial control for the strengthening of democracy

SILVIA ALEXANDRA ESQUIVEL DÍAZ*

GABRIEL ESQUIVEL DÍAZ**

Resumen

La efectiva vigencia de los Derechos Humanos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los instrumentos internacionales de los que el Estado mexicano es parte, requiere de manera urgente una reingeniería del control judicial inmediato de las personas privadas de su libertad, como grupo en situación especial de vulnerabilidad, con la finalidad de que sus integrantes se formen con base a los principios relacionados con la democracia y los Derechos Humanos. Diversos organismos internacionales, especialmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha expresado su preocupación por el fortalecimiento de la democracia en cuanto a la gestión penitenciaria en México; por lo que es necesario un diálogo entre los tres poderes del estado, con el fin de hacer valer los derechos humanos de quienes se encuentran presos.

Palabras clave

Derechos humanos, Aplicación de la ley, Procedimiento legal, Prisionero.

Abstract

The effective validity of human rights, recognized by the Political Constitution of the United Mexican States, as well as the international instruments to which the Mexican State is a party, urgently requires a reengineering of the immediate judicial control of persons deprived of their liberty, as a group in a special situation of vulnerability, with the purpose that all its members are formed with the principles related to democracy and human rights. Several international organizations, especially the Inter-American Commission on Human Rights, have expressed their deep concern for the strengthening of democracy regarding prison management in Mexico; so it is necessary a dialogue between the three branches of the state, in order to enforce the human rights of those who are imprisoned.

Key words

Human rights, Law enforcement, Legal procedure, Prisoners.



Esta obra está bajo licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International (CC BY-NC-SA 4.0)

*Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, México.

**¹Universidad Panamericana, México. Correo de contacto: licgabrielesquivel@live.com

INTRODUCCIÓN

En un orden social orientado a la justicia constitucional se debe garantizar a las personas el efectivo respeto de los derechos humanos que establece la Constitución y los tratados internacionales, sin los cuales no se puede considerar la existencia de una democracia, toda vez que ésta es la columna vertebral de un Estado de Derecho Constitucional y Democrático porque a través de ésta se busca la reflexión y el perfeccionamiento; por ello, mediante de los compromisos internacionales que ha adquirido México se busca prescribir la conducta del Estado, con lo cual se crea el marco conceptual, jurídico e institucional para la protección de las libertades y prerrogativas existentes en los diversos instrumentos internacionales aterrizados en la Ley Suprema del país, mismos que abren brecha al avance y desarrollo de la conciencia humana, que es lo que exige la comunidad internacional de la que el Estado Mexicano es parte; es el respeto irrestricto de los derechos humanos lo que le otorga plena vigencia a un Estado de Derecho.

Es evidente que la democracia permite ubicar con claridad las áreas y competencias, así como legitimar los respectivos actores a los que corresponde el tratamiento y la resolución de las cuestiones de fondo planteadas en la vida social, económica y cultural de cada país (Cerdas, 1994, p. 299).

Resulta incuestionable que la CIDH ha reiterado en su jurisprudencia de observancia obligatoria para los jueces mexicanos, en términos del criterio emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro señala: Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona, específicamente en el Caso Cantoral Benavides vs. Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000 (párrafo 166), que una persona detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, donde surge cierto riesgo que de vulnerar sus derechos fundamentales, como la integridad física y sobre todo el trato con dignidad.

Asimismo, en el Caso los Hermanos Gómez Paqui Yauri vs. Perú, sentencia de 8 de julio de 2004 (párrafo 108), la CIDH indicó que basta con que la detención haya durado breve tiempo para que se configure, dentro de los estándares mínimos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, una conculcación a la integridad psíquica y moral; cuando se presentan dichas circunstancias es posible inferir, aun cuando no mediaran otras evidencias al respecto, que el trato que la víctima (persona privada de libertad) recibió durante su incomunicación fue inhumano y degradante, en consecuencia, se obstaculiza por parte del Estado, al no realizar un control judicial inmediato, el acceso a las garantías establecidas en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), ya que esta circunstancia produce en las personas privadas de su libertad una angustia de tal grado que puede ser considerada como tortura psicológica; solo se justifica la restricción de un derecho humano cuando es necesario en el contexto de una sociedad democrática. De tal suerte, no se puede soslayar que las personas privadas de libertad se hallan en

situación especial de vulnerabilidad, por lo que corresponde al Estado, en su papel especial de garante de los derechos humanos, no abusar de su poder de control.

En este contexto, y no menos importante, son las malas condiciones físicas, sanitarias y de higiene de los centros de detención del Estado Mexicano, lo que contribuye a la vulneración del contenido del artículo 5 de la CADH; es decir, cuando los jueces de control no realizan un control judicial inmediato de las personas privadas de libertad puede provocar sufrimientos intensos que excedan los límites inevitables del sufrimiento propio de cualquier detención, lo que se traduce en actos de humillación que atentan contra la dignidad humana. Ejemplo de ello fue la Corte Europea al sostener que el hecho de que una persona hubiera sido obligado a vivir, dormir y hacer uso del sanitario conjuntamente con un gran número de internos era en sí mismo suficiente para considerarlo como un trato degradante.

Se reitera que las personas privadas de su libertad se encuentran en situaciones graves de desigualdad, ubicándolos en un estado de indefensión que los convierte en seres susceptibles de sufrir violaciones graves de sus derechos humanos. Por lo que el Estado, al ser garante de los derechos de las personas detenidas, no puede desconocer el contenido del artículo 7.5 de la CADH, el cual dispone que la detención de una persona debe ser sometida sin demora a revisión judicial. Tal y como la CIDH estableció en el Caso J. vs. Perú, sentencia de 27 de noviembre de 2013 (párrafo 143):

el control judicial inmediato es una medida tendente a evitar arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho democrático, corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción cuando sea estrictamente necesario y procurar, en general, que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia.

En consecuencia, la sociedad demanda una reingeniería del control judicial inmediato de las personas privadas de su libertad a través de un diálogo interinstitucional entre los tres poderes del Estado, a efecto de remediar la situación de los derechos humanos de este grupo en situación especial de vulnerabilidad, toda vez que esta institución jurídica cobra relevancia cuando se aplica en delitos flagrantes.

Resulta interesante recordar la exposición de motivos de la Reforma constitucional del 18 de junio de 2008, donde el Constituyente Permanente autoriza la incorporación de jueces de control en el artículo 16, a quienes se les faculta para resolver los pedimentos del órgano investigador de los delitos de forma inmediata, acelerada y ágil para minimizar los riesgos de la demora en la ejecución de las diligencias urgentes, en este caso, sin que ello sea óbice para fundar y motivar las mismas; por lo tanto, en coincidencia con Castillo Garrido (2011, p. 35), los jueces deben ser considerados como depositarios de un nuevo mecanismo de regularidad constitucional, ya que protegen y salvaguardan derechos fundamentales como la libertad personal, la dignidad humana, la presunción de inocencia y garantiza la supremacía constitucional, evitando ante todo reprimir su desconocimiento y así lograr el desarrollo y la evolución de las disposiciones constitucionales.

En los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, documento aprobado por la CIDH en su 131 periodo ordinario de sesiones, celebrado del 03 al 14 de marzo de 2008, se consideró que el valor de la dignidad humana, de los derechos y las libertades fundamentales por

el Sistema Interamericano de derechos humanos, así como por los demás sistemas de protección de los Derechos Humanos, se reconoció el derecho fundamental de las personas privadas de libertad de ser tratadas humanamente, el cual menciona que se respete su vida, integridad física, psicológica y moral, destaca la importancia que tiene el derecho al debido proceso legal y sus principios y garantías procesales en la efectiva protección de los derechos de las personas privadas de libertad, en virtud de pertenecer a un grupo en estado de vulnerabilidad; poniendo énfasis en la situación crítica de violencia, hacinamiento y falta de condiciones dignas de las personas privadas de libertad.

Los antecedentes de esta institución jurídica se encuentran principalmente en los casos contenciosos de la CIDH, donde se estableció que el control judicial es un medio de control idóneo, para evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, como se resolvió en las sentencias: *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras* (Sentencia de 7 de junio de 2003, párrafos 83 y 84); *Maritza Urrutía vs. Guatemala* (Sentencia de 27 de noviembre de 2003, párrafo 73); *Bulacio vs. Argentina* (Sentencia de 18 de septiembre de 2003, párrafo 129); *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 149), entre otras. De esta forma, se debe tomar en cuenta que en un Estado de Derecho corresponde al órgano jurisdiccional garantizar el efectivo goce de los derechos humanos de la persona privada de libertad. Por ello, en este estudio se utilizaron los métodos analítico, comparativo y documental, toda vez que se efectúa una desmembración de un todo con la finalidad de observar y describir las causas, la naturaleza y los efectos de la institución jurídica denominada control judicial. De igual forma, se establecen las semejanzas y diferencias de dicha institución en diversos ordenamientos legales nacionales e internacionales; y finalmente, a través de la reflexión y análisis, se pretende construir un proceso coherente para la reingeniería del control judicial inmediato para el fortalecimiento de la democracia.

Con base en los dichos antecedentes, este trabajo aborda una cuestión importante: la función de los jueces de control en el sistema de justicia penal de corte acusatorio, precisamente en el control judicial inmediato, por lo que se pretende justificar que efectivamente ese actuar debe estar encaminado a la protección y salvaguarda de los derechos humanos que tienen las personas, especialmente las que se encuentran privadas de su libertad debido a su estado de vulnerabilidad. Esto es así, ya que es un estudio propositivo e interpretativo, derivado de la práctica judicial que se ha tenido al respecto, examinando la naturaleza de la institución jurídica referida para así plantear los pasos a seguir de los órganos jurisdiccionales.

En este artículo se proponen cuatro pasos a seguir para la reingeniería del control judicial inmediato, poniendo énfasis en los derechos fundamentales que deben respetarse; el primer paso es el respeto al derecho a la libertad personal, donde se repasan brevemente algunas nociones sobre éste; el segundo, es el derecho a la presunción de inocencia, visto desde el ámbito internacional como nacional; el tercero, es el derecho a un plazo razonable, considerando la postura de la CIDH y los diferentes instrumentos internacionales de los que el Estado Mexicano es parte; y finalmente, el cuarto paso, es el respeto al debido proceso, mismo que se convierte en la parte toral de la actuación de los jueces de control del sistema de justicia penal de corte acusatorio. De ahí que el sistema democrático se verá fortalecido a partir del conocimiento de las obligaciones del Estado Mexicano tratándose de la protección de los derechos humanos.

PRIMER PASO: RESPETO AL DERECHO HUMANO DE LIBERTAD PERSONAL

El derecho a la libertad personal constituye el derecho de toda persona de organizar con arreglo a la ley su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. Asimismo, es un atributo de la persona, tal y como se advierte del Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece: “solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto de sus derechos civiles y políticos”. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha referido que la libertad es un derecho humano de protección evolutiva que reconoce formalmente, tanto a nivel interno como internacional y que admite diferentes manifestaciones como la libertad personal, que en su ámbito más básico, es entendida como la capacidad de una persona de llevar a cabo sin intromisiones injustificadas sus propios actos, incluyendo la libertad de movimiento o libertad de ambulatoria (Cfr. Registro 2008643, SCJN).

Atento a lo anterior, el primer paso para mejorar el proceso de control judicial inmediato en caso de personas privadas de libertad, especialmente por delito flagrante, los jueces de control deben recordar que el contenido esencial del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la protección de la libertad del individuo contra la interferencia arbitraria o ilegal del Estado y a su vez la garantía del derecho de defensa del individuo detenido, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal (Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 7 de junio de 2003, serie C, No. 99, párrafo, 77. Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2003, serie C, No. 103, párrafo 64. Caso Tibi vs. Ecuador, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 7 de septiembre de 2004, serie C, No. 114, párrafo 97).

De igual forma, las autoridades judiciales encargadas de realizar el control judicial inmediato deben saber que los numerales 2 y 3 del artículo 7 establecen límites al poder público y prohíben expresamente detenciones ilegales y arbitrarias. Tal y como se estableció en los casos contenciosos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Instituto de Reeducción del menor vs. Paraguay, sentencia de fondo de 2 de septiembre de 2004, párrafos 223 y 224; Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, sentencia de 27 de noviembre de 2003, párrafo 66; Caso Bulacio vs. Argentina, sentencia 18 de septiembre de 2003, párrafo 129; Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, sentencia de 7 de junio de 2003, párrafos 82 y 83).

De ahí que la CIDH resalta que cualquier violación a los numerales 2 al 7 del propio artículo 7 de la CADH acarreará necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma, puesto que la falta de respeto a las garantías de la persona privada de libertad desemboca, en suma, a la falta de protección del propio derecho a la libertad de la persona.

Por ello, la libertad es un bien de la más alta jerarquía axiológica y debe tutelarse en atención a los derechos de presunción de inocencia, debido proceso, pro-persone y dignidad humana, emanada de la Constitución Federal, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conforme a los cuales se ha determinado que: “el simple co-

nocimiento judicial de que una persona está detenida no satisface la garantía de haber sido llevada sin demora ante un juez competente para el control judicial e intermediación procesal” (Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010). Esto es esencial para la protección del derecho de libertad personal y otros derechos, como la vida e integridad personal. El simple conocimiento judicial de que una persona está detenida no satisface esa garantía; el detenido debe comparecer personalmente y rendir declaración ante el juez o la autoridad competente, ya que la inmediata revisión judicial de la detención tiene particular relevancia cuando se aplica a capturas en delitos flagrantes y constituye un deber del Estado para garantizar los derechos de la persona detenida toda vez que en la detención en flagrancia es preciso que exista control judicial inmediato para evitar arbitrariedad o ilegalidad de la medida (Caso López Álvarez vs. Honduras, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de febrero de 2006, párrafos 64, 83, 84, 87 y 88); al no llevarse a cabo dicho control judicial inmediato, el Estado viola el artículo 8.1 de la CADH y la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades dispuestos en el artículo 1.1 de la Convención.

En este mismo contexto, el artículo 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece (en lo que interesa) que toda persona privada de la libertad tiene derecho a recurrir ante un juez competente, a fin de que éste decida, SIN DEMORA, sobre la legalidad de su detención (Opinión consultiva OC-8/87 de fecha 30 de enero de 1987, párrafos 6 y 33), de tal suerte que al violentarse este precepto se vulnera de inmediato el artículo 1.1. de este instrumento internacional, así como lo resuelto por la CIDH en el Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, en los párrafos 165, 166 y 167, que establecen tales obligaciones, especialmente en el párrafo 167 que a la letra establece:

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Asimismo, mediante esta función consultiva, la CIDH estableció que el *habeas corpus* en su sentido clásico, regulado por los ordenamientos americanos, tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación de su libertad, y, en su caso, decretar su libertad. Con lo que se impide su desaparición o indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura, tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, que suelen suceder en periodos de incomunicación, en los cuales la persona detenida carece de medios y recursos legales para hacer valer sus derechos. De ahí la importancia del control judicial inmediato de la detención de personas privadas de libertad, sobre todo en delito flagrante, ya que dentro de un Estado de Derecho Democrático el ejercicio de control de la legalidad, por parte de un órgano judicial autónomo e independiente, que verifique si la detención, se adecua a los estándares mínimos en que la legislación interna lo autoriza para preservar la legalidad en una sociedad democrática.

Bajo esta misma línea argumentativa, la parte inicial del artículo 7.5 de la CADH dispone que la detención de una persona debe ser sometida sin demora a re-

visión judicial. Asimismo, el artículo 16 párrafo séptimo de la Constitución Federal señala que: en casos de flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido, deberá inmediatamente ratificar (*sic*) la detención o decretar la libertad con las reservas de ley. Así como lo que establece el contenido del artículo 308 primer párrafo del Código Nacional de Procedimientos Penales: inmediatamente después de que el imputado detenido en flagrancia sea puesto a disposición del juez de control, se citará a audiencia inicial en la que se realizará el control de la detención antes de que se proceda a la formulación de imputación. Tan es así que el sistema de justicia penal de corte acusatorio, en una sociedad democrática, se funda en la primacía de la dignidad humana y los derechos humanos que le son inherentes, entre los cuales están: la libertad personal, el debido proceso y la presunción de inocencia, no discriminación.

Sin que los juzgadores se excusen en el Sistema de Gestión Judicial, ya que ello no justifica que no se respete a cabalidad el derecho de toda persona privada de libertad a gozar de un control judicial inmediato.

SEGUNDO PASO: RESPECTO AL DERECHO HUMANO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La CIDH en su jurisprudencia, específicamente en el Caso Suárez Rosero vs. Ecuador (sentenciado de 12 de noviembre de 1997) en el párrafo 77 señala que:

En el principio de presunción de inocencia, subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es INOCENTE hasta que su culpabilidad sea demostrada. En el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se deriva la obligación estatal de NO restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que NO impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que NO eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Por lo que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas, NO debe ser la regla general.

De esta manera, como lo refiere el magistrado Aguilar López (2015, p. 177), el reconocimiento de la presunción de inocencia en la normatividad jurídica internacional como en el derecho interno, concretamente en el ámbito constitucional, obliga a su observancia para que de esta manera puedan encontrar sentido el Estado Democrático de Derecho.

El segundo paso para la reingeniería del control judicial inmediato para las personas privadas de libertad por parte de los jueces de control en el sistema de justicia penal de corte acusatorio reflexionar sobre el contenido de la presunción de inocencia como un derecho fundamental que tiende a proteger la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre de los implicados en un proceso penal y cuando no existe un control judicial inmediato, dichas prerrogativas dejan de existir para el ámbito real de las personas privadas de su libertad. Es decir, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos está fundado sobre la idea de la dignidad intrínseca de la persona humana; en términos de la Declaración Universal de Derechos

Humanos, son atributos del ser humano cuanto tal, anteriores y superiores a toda autoridad, la cual en consecuencia no los crea, sino que los descubre, no los otorga, sino que simplemente los reconoce porque tiene que reconocerlos.

Por consiguiente, el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana; y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por el Estado Mexicano, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en la persona hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, entre ellos: el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, al libre desarrollo de la personalidad y el propio derecho a la dignidad personal. Tal y como lo sostuvo la SCJN en su criterio bajo el rubro: Dignidad Humana. El orden jurídico mexicano la reconoce como condición y base de los demás derechos fundamentales (Cfr. Registro 165813).

De esta forma, debe tomarse en consideración lo determinado en la jurisprudencia emitida en el caso contencioso de la CIDH en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras de sentencia 29 de julio de 1988, en los párrafos 165, 166 y 167 que establecen:

165. La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado (...)

166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

167. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Conviene subrayar que el Informe sobre los Derechos de las personas privadas de libertad en las Américas (2011) establece que: “toda persona privada de su libertad

será tratada con respeto irrestricto de su DIGNIDAD inherente y sus derechos fundamentales. Es decir, que la reclusión de una persona no debe conllevar restricciones o sufrimientos que vayan más allá de aquellos inherentes a la privación de la libertad”. Este principio está relacionado con las condiciones particulares de reclusión y seguridad en las que se encuentran las personas privadas de libertad, sin control judicial inmediato, poniéndose en riesgo su dignidad, integridad personal e incluso la vida.

En este sentido, nuestro más alto tribunal constitucional, ha establecido que el: “DERECHO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, arroja al Estado la obligación de probar los hechos que atribuya al hoy quejoso; esto es, que le corresponde la carga de la prueba, por tratarse de un derecho fundamental que tiende a proteger la DIGNIDAD HUMANA, LA LIBERTAD, LA HONRA Y EL BUEN NOMBRE del implicado en un proceso penal” (Cfr. Registro 174233).

En el artículo 8.2 de la CADH obliga a los Estados a recopilar material incriminatorio en contra del detenido (personas detenidas puestas a disposición del órgano jurisdiccional) de un cargo criminal con el propósito de establecer su responsabilidad penal.

Si el Estado, a través de sus funcionarios (jueces de control), no realiza el control judicial inmediato de la detención, ese acto pierde su función instrumental para convertirse en una violación al derecho de presunción de inocencia, lo cual es inaceptable en una sociedad democrática que respeta esta prerrogativa fundamental y representa una práctica estatal contraria a la esencia misma del Estado Democrático de Derecho y a los valores que inspiran a una sociedad democrática.

TERCER PASO: RESPETO AL DERECHO DEL PLAZO RAZONABLE

Para iniciar, resulta trascendente tomar en consideración que la CIDH ha establecido el contenido del concepto de “plazo razonable” conforme a las particularidades del caso; más aún, un criterio de razonabilidad y justificación de eventuales demoras, aplicando directamente los artículos 8 y 25 de la CADH permite configurar un proceso justo o una tutela judicial efectiva.

Así, la reflexión que realiza el Máximo Tribunal Constitucional del Estado Mexicano en torno al concepto de “plazo razonable” es aplicable a la solución jurisdiccional de una controversia, pero también a procedimientos análogos, lo que a su vez implica que haya razonabilidad en el trámite y la conclusión de las diversas etapas del procedimiento que llevarán al dictado de sentencias definitivas o proveídos, lo cual se relaciona con el comportamiento de las autoridades competentes a fin de justificar el exceso de la duración de las causas, que generalmente aducen sobrecarga de trabajo. Una de las atenuantes para tal cuestión consiste en que dichas autoridades demuestren haber adoptado las medidas pertinentes a fin de aminorar sus efectos; sin embargo, cuando esa sobrecarga ha dejado de tener el carácter de excepcional y adquiere el de estructural, entonces las dilaciones en el procedimiento carecen de justificación alguna (Cfr. Registro 2002351).

Aspecto sobre el cual la CIDH ha sostenido que el exceso de trabajo no puede justificar la inobservancia del plazo razonable y que no es una ecuación racional entre volumen de litigios y número de tribunales, sino una referencia individual para el caso concreto, por lo que tales cuestiones, si bien se reconocen, no implica que deban gravitar sobre los derechos del gobernado, razonamientos que son ex-

tensivos no solo a las autoridades jurisdiccionales, sino también a todas aquellas que tienen injerencia en trámites análogos. De tal suerte que el exceso de carga de trabajo, como lo ha determinado la CIDH, implica un juicio de valor, el cual, ante todo, debe respetarse el plazo, que es un derecho humano, traducido en un test de sentido común siguiendo el parámetro respecto a la conducta de las autoridades judiciales, si se ha dejado de actuar por un tiempo, el retraso en la resolución de controversias puestas a su disposición, principios que se vinculan con el artículo 17 constitucional, párrafo segundo, en torno al derecho fundamental de ministrar justicia en los plazos y términos que fijen las leyes, como vertiente del debido proceso y tutela jurisdiccional que se funda en los principios de justicia pronta, completa, imparcial y gratuita.

Asimismo, los artículos 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 7.5 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de los que México es parte, que prevén el derecho humano a un juzgamiento dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad mediante las garantías que aseguren su comparecencia al juicio y la continuación del proceso.

Entonces, se podría llegar a pensar que la violación de estos derechos fundamentales puede afectar directamente a aquellos actos que se realizaron posteriores a la detención prolongada, como la audiencia inicial; es decir, tratar a estas violaciones como meros defectos procesales que pueden ser subsanados a través de una nueva audiencia. Sin embargo, ante la existencia de la violación a los derechos fundamentales referidos se genera un estado de indefensión total para las personas privadas de libertad, misma que se produce no solo por la violación individualizada de estos derechos, sino porque además estas violaciones producen la afectación total del procedimiento al tener incidencia devastadora en otros derechos fundamentales como: la libertad personal, integridad personal, no discriminación, plazo razonable, debido proceso y dignidad humana.

De esta forma, los derechos de libertad personal, no discriminación, debido proceso, dignidad humana, plazo razonable e integridad personal se encuentran establecidos en documentos que forman parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, del que el Estado Mexicano es parte, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales pertenecen al *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos contemporáneo, ya que dota a las personas de gozar de los mismos, como una obligación de respeto por parte del Estado, de tal suerte que deben ser respetados, protegidos y garantizados por las autoridades en el ámbito de sus competencias y no permitir su vulneración por decisiones arbitrarias.

Es importante recalcar que no se trata de horas ni minutos lo que debe tomarse en consideración para declarar la violación de las libertades y prerrogativas a las que se ha hecho mención, sino la justificación de la autoridad judicial para no dar cabal cumplimiento al mandato constitucional, convención y legal; es decir, no efectuar un control judicial inmediato de las personas privadas de libertad, lo que resulta el detonante de una serie de violaciones de derechos fundamentales que se extienden en el tiempo y afectan de forma total y compleja el curso del procedimiento; vulnerándose el derecho que le asiste a las personas privadas de libertad, a un control inmediato de la detención por parte del órgano jurisdiccional y lo que genera prácticas de corrupción.

Al respecto la CIDH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han pronunciado en el mismo sentido (Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129; y Caso

Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135) porque cuando la detención no es adecuadamente supervisada por la autoridad judicial competente, cuando los entonces detenidos no puedan entender plenamente la razón de la detención, es evidente que está en riesgo no solo las garantías judiciales de los detenidos, sino también su vida e integridad física.

La relación entre la detención arbitraria y la violación de otros derechos fundamentales de los detenidos no es circunstancial, algunos casos pueden obedecer a una actuación lógica de dependencia entre las fuerzas de seguridad, los agentes de instrucción y las autoridades jurisdiccionales, tal y como lo estableció la CIDH en el Informe sobre situación de los Derechos Humanos en México (Capítulo III, párrafo 219).

La propia CIDH ha sostenido reiteradamente que una persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, del cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad. Tal y como se sostuvo en la jurisprudencia internacional de la CIDH en los casos: De los Niños de la Calle vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrafo 166 y Caso Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997, párrafo 57.

Esto es así, ya que la CIDH estableció que la “inmediata revisión judicial de la detención tiene particular relevancia cuando se aplica a capturas in fraganti (flagrancia) y constituye un deber del estado para garantizar, los derechos del detenido” (Caso López Álvarez vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006, párrafo 88), lo cual se traduce en un mandato convencional, es decir, obligatorio para los jueces mexicanos.

Por ello, con la totalidad de los preceptos constitucionales y convencionales citados, así como los precedentes referidos, se estima que los jueces de control deben adoptar el estándar de análisis del artículo 7.5 de la CADH y del artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para dar cabal cumplimiento a lo ordenado por la Carta Fundamental, ya que para evolucionar a un desarrollo del país, es de suma importancia la promoción y protección del goce y el disfrute de los derechos humanos para superar una “legitimidad” basada en la impunidad y la negociación de la ley, toda vez que el Estado de Derecho se refuerza a partir de la defensa de las libertades y prerrogativas de las personas, lo cual constituye una condición de la democracia, lo que Ferrajoli (2003, p. 240) refiere como: la democracia es forma, pero también sustancia.

CUARTO PASO: RESPETO AL DERECHO HUMANO AL DEBIDO PROCESO

Sergio García Ramírez, ex presidente de la CIDH, en el XII Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de América Latina. “*Las garantías constitucionales del debido proceso penal*”. Punta del Este, Uruguay, 10-14 de octubre de 2005, refiere que los temas del debido proceso han figurado con reiteración en la jurisprudencia del Máximo Tribunal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como en los de la Corte Europea de Derechos Humanos, donde el debate acerca del debido proceso, proyectado sobre asuntos judiciales penales de gran relevancia e influencia, pone de manifiesto la

tensión existente entre las concepciones que acentúan el valor de los derechos humanos, más allá de las “prácticas” que pueden relativizar su alcance, de tal suerte que el concepto de debido proceso constituye un límite a la actividad estatal y se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.

Acerca de este punto, deduce Ibáñez (2006), que las garantías propiamente procesales son las que configuran el proceso acusatorio y que son propuestas por Luigi Ferrajoli en los dos siguientes rangos: por un lado las garantías primarias o epistemológicas relacionadas con: a) La formulación de la acusación; b) La carga de la prueba; y c) El derecho de defensa. Y de otro lado las garantías secundarias entre las que enuncia: a) La publicidad; b) La oralidad (inmediación y concentración); c) La legalidad del proceso; y d) La motivación (p. 606). Además señala que las garantías primarias en sentido estructural y directa y las garantías secundarias de manera indirecta, “son aplicaciones del principio de presunción de inocencia, que es el principio rector del proceso penal garantista” (p. 145).

Desde esta perspectiva, anota que existe una “regla de oro” para la decisión final sobre los hechos, esto es, el principio de presunción de inocencia, de conformidad, con el cual si el juez se encuentra en situación de incertidumbre es cuando menos puede permitirse dudar, es en consecuencia la absolución la que se impone. De esa manera, destaca el autor, que no puede jugar la intuición —cuestiona la íntima convicción— porque el análisis de las pruebas y la adopción de una sentencia deben ser principalmente racionales, en consecuencia, se impone la motivación de las decisiones judiciales en materia de hechos acorde con la posición garantista del proceso penal, pues resulta ser el instrumento esencial para hacer que la sentencia sea una decisión racional y justa, y con ello “sea antes que un puro ejercicio de poder, una expresión de saber”.

A consecuencia, el convencimiento del juez resulta relevante, pero tomando en cuenta dos ideas principales, de un lado la racionalidad y su correspondencia con un nivel aproximativo o de probabilidad (Taruffo, 2006, p. 1-40) con la realidad de los hechos, en esta perspectiva encuentra Fernández (2005):

Por tanto, no es suficiente que la conclusión se derive racionalmente de la prueba practicada, sino que es necesaria que dicha conclusión sea verdadera, teniendo en cuenta, por supuesto, que en todo caso se tratará de una verdad aproximativa o probabilística, como sucede con toda verdad empírica, sometida a las limitaciones inherentes al conocimiento humano y en el caso del proceso, adicionalmente condicionada por límites temporales, legales y constitucionales (p. 34).

En esa medida se acepta por una parte de los filósofos y procesalistas contemporáneos que la finalidad de la prueba es la máxima aproximación posible dentro de los límites del proceso, al conocimiento de las afirmaciones de hechos que las partes realizan, aproximación que es evaluada por el juez y se expresa a través de una valoración racional de la prueba. Pues bien, para hablar de estándares de prueba debemos responder a ¿Cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis y que descansará en última instancia en exigencias o grados de confirmación?

Debido a que en materia penal se incluyen tanto las garantías mínimas previstas en el artículo 8 de la CADH como otras adicionales que pudieran ser necesarias para la integración de este concepto, requiere por tanto que el justiciable pueda

hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Los derechos y las garantías que integran el debido proceso son parte de un sistema dinámico en constante formación, son piezas necesarias de éste. Por ende, se trata de partes indispensables de un conjunto, cada una esencial para que éste exista y subsista. Luego entonces, en el sistema de justicia penal de corte acusatorio debe imperar la legitimidad de los medios, justifica el fin alcanzado. Tal y como se puede observar en el voto concurrente del Juez y ex presidente de la CIDH, en la Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999.

En este mismo contexto, la garantía de motivación, principio fundamental establecido en la jurisprudencia nacional e internacional, por lo que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias (Caso Yvon Neptune vs. Haití, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de mayo de 2008, párrafo 108). Considerando que, dentro de la esfera del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la imparcialidad del juez se manifiesta como una expresión del derecho humano al debido proceso. En efecto, la CIDH señala que:

El derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática” (Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, excepciones, preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de junio de 2004).

En los párrafos 168-171 estableció que:

168. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado (...); b) derecho a ser oído por un juez o tribunal imparcial (artículo 8.1 de la Convención).

169. (...) En relación con el derecho protegido en el artículo 8.1 de la Convención, la Corte ha expresado que toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete.

170. La Corte Europea ha señalado que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos, a saber: primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que

deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso 119.

171. La Corte, considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática.

Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos expone: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”, mientras que la CIDH precisa que es una garantía fundamental del debido proceso con la que se pretende asegurar la objetividad del juzgador e inspirar la confianza necesaria de las partes, la que ha de extenderse a los ciudadanos de una comunidad democrática. Específicamente, ha señalado que el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial exige que “el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad” (Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 17 de noviembre de 2009, párrafo 98). En el plano europeo, es importante la Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, en el Caso Cubber vs. Bélgica, sentencia de 26 de octubre de 1984 y el Caso Piersack vs. Bélgica del 1 de octubre de 1982. La imparcialidad del juzgador se sostiene sobre la principal idea de “encomendar a un tercero desinteresado y ajeno a la contienda la resolución de una controversia surgida entre dos intereses particulares”, atendida esa perspectiva se le exige al juzgador: a) una posición: no ser parte de la contienda, (el juez no puede asumir procesalmente funciones de parte ni puede tener relaciones jurídicas o fácticas con las partes que vislumbren su voluntad por alguna de ellas); y, b) una actitud: dejar al margen las condiciones subjetivas en el ejercicio de la función.

Condiciones que garantizan “la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática” y que a su vez exige dos condiciones, una para el juez; y otra para la ciudadanía: la apariencia de imparcialidad y la convicción del justiciable. Así lo sostuvo la CIDH en la aproximación al derecho al juez imparcial en el Caso Primera de lo Contencioso Administrativo vs. Venezuela, excepción preliminar, reparaciones y costas, sentencia de 5 de agosto de 2008, párrafo 56. El Tribunal Europeo, plantea en la Sentencia STC 00004-2006- AI/TC, párrafo 20:

primero, el tribunal debe carecer, de manera subjetiva, el prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde el punto de vista objetivo; es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte de comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas al respecto de su imparcialidad (Abreu, 2007, p. 645).

Mientras que la SCJN indica en su jurisprudencia emitida por la Primera Sala bajo el rubro Imparcialidad. Contenido del principio previsto en el artículo 17 constitucional las dos dimensiones, subjetiva y objetiva que conforman el derecho; la imparcialidad subjetiva “se refiere a cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso”, mientras que la objetiva “está referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable”. La primera dimensión también supone la exclusión del fuero interno del juez de “cualquier prejuicio indebidamente adquirido” y la segunda intenta asegurar la ausencia de dudas respecto de la imparcialidad del juez (Cfr. Registro 160309).

Resulta oportuno agregar, respecto al principio de imparcialidad consignado en el artículo 17 constitucional, referido en la tesis invocada, que es una condición esencial que debe revestir a los juzgadores que tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional, la cual consiste en el deber que tienen de ser ajenos o extraños a los intereses de las partes en controversia, de dirigir y resolver el juicio sin favorecer indebidamente a ninguna de ellas. Al respecto la CPEUM establece:

Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Se puede observar que el artículo 17 de la CPEUM “establece entre otras, algunas garantías constitucionales que sirven de fundamento a la administración de justicia en México”. También existen aquellas aplicables al caso concreto, por ejemplo: la prohibición de autotutela o de “hacerse justicia por sí mismo, ni acudir a la violencia para reclamar su derecho”; el derecho a la tutela jurisdiccional; la abolición de las costas judiciales; y la independencia judicial. Tal y como los Tribunales Colegiados de Circuito, establecieron en la jurisprudencia Tutela jurisdiccional o de acceso a la justicia. Dicha garantía contiene la sub garantía de “ejecución de resoluciones” o de “justicia cumplida”, que otorga a los gobernados el derecho de que las resoluciones jurisdiccionales se cumplan cabalmente (Cfr. Registro 168527).

De modo que, se puede concluir que el derecho de acceso a la justicia ha sido recogido por el artículo 17 Constitucional con sus diversas reformas, reconocido en la doctrina, jurisprudencia nacional e internacional y diversos tratos y convenios que conforman el *Corpus Iuris Internacional*. De conformidad con la jurisprudencia emitida por la CIDH el artículo 8.1 de la CADH es una de las disposiciones de las que se desprende el derecho al acceso a la justicia; el artículo 8 de la Declaración Americana de los Derechos Humanos, señala que:

toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por La ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formuladas contra ella o para la determinación de sus derecho y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Por ello, como lo sostiene el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la apariencia de imparcialidad constituye un presupuesto de un juicio justo, toda vez que el juez será imparcial cuando sus actos expliciten justamente esta posición dentro de un proceso, de manera que éste sea considerado como justo y equitativo.

Vinculado a lo anterior, podemos establecer que en términos del artículo 20, apartado “B”, fracción I de la CPEUM, en relación directa con el artículo 8.2 de la CADH, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, relacionados con el artículo 13 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), donde estos preceptos constitucionales, convencionales y legales establecen el *Derecho Humano de Presunción de Inocencia*, y cuya vertiente de *regla de trato procesal o regla de tratamiento*, ha sido interpretada jurisprudencialmente por la SCJN, estableciendo que tal derecho fundamental *debe ser interpretado en el sentido en que el acusado tiene que ser tratado como inocente en tanto NO se declare su responsabilidad penal, en virtud de una sentencia condenatoria firme*.

De esta forma, la CIDH, en su jurisprudencia, específicamente en el Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997, en el párrafo 77 señala:

En el principio de presunción de inocencia, subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es INOCENTE hasta que su culpabilidad sea demostrada. En el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se deriva la obligación estatal de NO restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que NO impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que NO eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Por lo que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas, NO debe ser la regla general.

Aunado a lo sustentado en la Opinión Consultiva, OC-08/87 de 30 de enero de 1987, párrafo 26, establece que el concepto de derechos y libertades y por ende el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y las libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una triada y cada uno de sus componentes se define, complementa y adquiere sentido en función de los otros.

CONCLUSIONES

- No podemos olvidar que las personas privadas de libertad en espera del respeto al derecho a tener un control judicial inmediato por los jueces del sistema de justicia penal de corte acusatorio, con plena presunción de inocencia, son personas en estado de vulnerabilidad, frente a quien deben tomarse las medidas pertinentes a fin de evitar los actos estatales autoritarios que vulneren los derechos de la persona.
- Toda incomunicación durante la detención y el aislamiento constituyen tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2 de la CADH, formas lasivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del respeto a la dignidad humana, ya que la tortura psicológica es producida cuando las amenazas y el peligro en que se encuentra la persona genera una angustia moral de grado tal que pueden ser calificadas así.
- El valor de la libertad y el respeto de los derechos humanos son los elementos esenciales de la democracia, mientras que el ambiente natural para la protección y realización efectiva de las libertades y prerrogativas de las personas es la propia democracia. Estos elementos están incorporados en diversos instrumentos internacionales adoptados por los sistemas de protección de derechos humanos (Interamericano y Europeo, principalmente).
- El vínculo entre democracia y derechos humanos está presente cuando en las prácticas judiciales se hacen valer las libertades y prerrogativas establecidas en los instrumentos internacionales que promueven una comprensión amplia de los principios, normas y valores que constituyen la base de la democracia, dirigidas a la formación de instituciones democráticas, pues no podemos soslayar que también la independencia judicial, así como la transparencia y responsabilidad en la administración de justicia son elementos fundamentales de la democracia.
- La jurisprudencia de la CIDH es un aporte para la función de las autoridades nacionales en la protección de los derechos humanos que permite establecer un estándar mínimo interpretativo, cuya finalidad es garantizar el efectivo goce de los derechos humanos en el ámbito interno; por ello, la insistencia en el conocimiento y la aplicación por parte de los funcionarios judiciales de la jurisprudencia internacional, frente a la tensión existente entre seguridad pública, derecho penal y derechos humanos.
- Se debe construir un poder judicial fuerte e independiente, eficiente y responsable de las obligaciones constitucionales, convencionales y legales, a través del abordaje de temas importantes como el control judicial inmediato de las personas privadas de libertad para reivindicar la situación de desventaja en la que éstos se encuentran, con la debida promoción de la conciencia y educación en derechos humanos de los operadores jurídicos, específicamente los jueces de control.
- De tal suerte, que para asegurar una reingeniería en el control judicial inmediato para el fortalecimiento de la democracia, los órganos jurisdiccionales encargados de la administración de justicia en el sistema penal acusatorio del Estado Mexicano, solo deben seguir los pasos aquí sugeridos, que aunque resulta fácil la lectura de los mismos, el desafío es que se atrevan a ser jueces imparciales e independientes que realicen sus funciones apegadas a los estándares mínimos que establece tanto la Constitución Federal, así como

los instrumentos internacionales que conforman la columna vertebral del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, independientemente de la naturaleza o gravedad del hecho delictuoso que se persiga, ya que éstos se han convertido en un medio de control constitucional local.

- El control judicial inmediato, como mecanismo de fortalecimiento de la democracia, debe desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan afirmar la seguridad en el marco del pleno respeto a los Derechos Humanos toda vez que si una interpretación constitucional o legal en el ámbito interno, realizada por los jueces de control, no se ajusta a las interpretaciones que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos para otorgar un mínimo de efectividad a los instrumentos internacionales se traduce en una violación de derechos humanos.

REFERENCIAS

1. Abreu, A. (2007). *Independencia judicial (jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*. Uruguay: Adenauer.
2. Aguilar, M. (2015). *Presunción de Inocencia, Derecho Humano en el Sistema Penal acusatorio, apéndice de jurisprudencia relacionada*. México: Instituto de la Judicatura Federal.
3. Castillo, S. (2011). Los jueces de control en el sistema acusatorio. ¿Un nuevo órgano de control constitucional en México? *Revista mexicana de Derecho Constitucional*, (25) julio-diciembre, p. 31-57.
4. Cerdas, R. (1994). Democracia y Derechos Humanos. En Estudios de Derechos Humanos. Tomo 1. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
5. Código Nacional de Procedimientos Penales. Diario Oficial de la Federación, 2014, México.
6. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación, Ciudad de México, México, 05 de febrero de 1917.
7. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005 (*Fondo Reparaciones y Costas*) (Sala) [Internet], disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf, consultado el 13 de noviembre de 2017.
8. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, sentencia de 5 de agosto de 2008 (*Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*) (Sala) [Internet], disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_182_esp.pdf, consultado el 13 de noviembre de 2017.

9. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sentencia de 17 de noviembre de 2009 (*Fondo Reparaciones y Costas*) (Sala) [Internet], disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf, consultado el 23 de noviembre de 2017.
10. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bulacio vs. Argentina, sentencia 18 de septiembre de 2003 (*Fondo Reparaciones y Costas*) (Sala) [Internet], disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp1.pdf, consultado el 14 de noviembre de 2017.
11. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010 (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*) (Sala) [Internet], disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_220_esp.pdf, consultado el 18 de noviembre de 2017.
12. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cantoral Benavides vs. Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000 (*Fondo*) (Sala) [Internet], disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_69_esp.pdf, consultado el 09 de diciembre de 2017.
13. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso De los Niños de la Calle vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999 (*Fondo*) (Sala) [Internet], disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_63_esp.pdf, consultado el 05 de diciembre de 2017.
14. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de junio de 2004 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*) (Sala) [Internet], disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_107_esp.pdf, consultado el 13 de noviembre de 2017.
15. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Instituto de Reeducción del menor vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*) (Sala) [Internet], disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_112_esp.pdf, consultado el 13 de noviembre de 2017.
16. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso J. vs. Perú, sentencia de 27 de noviembre de 2013 (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*) (Sala) [Internet], disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_275_esp.pdf, consultado el 09 de enero de 2018.
17. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, sentencia de 7 de junio de 2003 (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*) (Sala) [Internet], disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_99_esp.pdf, consultado el 13 de noviembre de 2017.

18. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997 (*Fondo*) (Sala) [Internet], disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_33_esp.pdf, consultado el 25 de agosto de 2017.
19. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Álvarez vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006 (*Fondo, Reparaciones y Costas*) (Sala) [Internet], disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_141_esp.pdf, consultado el 14 de agosto de 2017.
20. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Los Hermanos Gómez Paqui Yauri vs. Perú, sentencia de 8 de julio de 2004 (*Fondo, Reparaciones y Costas*) (Sala) [Internet], disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_110_esp.pdf, consultado el 13 de noviembre de 2017.
21. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, sentencia de 27 de noviembre de 2003 (*Fondo, Reparaciones y Costas*) (Sala) [Internet], disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_103_esp.pdf, consultado el 03 de agosto de 2017.
22. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (*Fondo, Reparaciones y Costas*) (Sala) [Internet], disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_135_esp.pdf, consultado el 15 de diciembre de 2017.
23. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rose-ro vs. Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997 (*Fondo*) (Sala) [Internet], disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_35_esp.pdf, consultado el 13 de noviembre de 2017.
24. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*) (Sala) [Internet], disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_114_esp.pdf, consultado el 13 de noviembre de 2017.
25. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988 (*Fondo*) (Sala) [Internet], disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_04_esp.pdf, consultado el 13 de noviembre de 2017.
26. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yvon Neptune vs. Haití, sentencia de 6 de mayo de 2008 (*Fondo, Reparaciones y Costas*) (Sala) [Internet], disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_180_esp.pdf, consultado el 03 de enero de 2018.
27. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1948). *Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre*. Colombia.

28. Comisión Internacional de Derechos Humanos (CIDH) (2011). *Informe sobre los derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (s.l.): Comisión Internacional de Derechos Humanos.
29. Comisión Internacional de Derechos Humanos (CIDH) (2015). *Situación de los derechos humanos en México*. (s.l.): Comisión Internacional de Derechos Humanos.
30. Comisión Internacional de Derechos Humanos (CIDH) (2017). *Guía práctica para reducir la prisión preventiva*. (s.l.): Comisión Internacional de Derechos Humanos.
31. Comisión Internacional de Derechos Humanos (CIDH) (2017). *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*. (s.l.): Comisión Internacional de Derechos Humanos.
32. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). *Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de integridad personal y privación de la libertad (artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
33. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No. 8: libertad personal*. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
34. Estrasburgo. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Cubber vs. Bélgica, sentencia de 26 de octubre de 1984 (Sala).
35. Estrasburgo. Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. Caso Piersack vs. Bélgica del 1 de octubre de 1982. Demanda núm. 8692/1979, (Sala) [Internet], disponible en: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/6caso-piersack-contra-belgica-derecho-a-un-proceso-independiente-e-imparcial.pdf>, consultado el 11 de diciembre de 2017.
36. Fernández, M. (2005). *Prueba y Presunción de inocencia*. Madrid: Iustel.
37. Ferrajoli, L. (2003). *Sobre la definición de democracia: Una discusión con Michaelangelo Bovero*. Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, (19) octubre, p. 227-240.
38. Ibáñez, A. (2006). *Garantismo y Proceso Penal*. Bogotá: Temis.
39. Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. París.
40. Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina de Alto Comisionado (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York.

41. OC-8/87, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf, consultado el 13 de noviembre de 2017.
42. OC-16/99, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf, consultado el 13 de noviembre de 2017.
43. Organización de los Derechos Humanos (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José)*. Costa Rica.
44. Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, del 29 de marzo de 2006 (Sala) [Internet], disponible en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/0004-2006.AI.pdf>, consultado el 13 de noviembre de 2017.
45. Tesis: I.4o.A.5 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XV, Tomo 2, diciembre de 2012, p. 1453.
46. Tesis: 1a./J. 1/2012 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro V, Tomo 1, febrero de 2012, p. 460.
47. Tesis: 1a. XCII/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 16, Tomo II, marzo de 2015, p. 1101.

El derecho humano al nombre en el Estado de México. Un enfoque constitucional y convencional

The human right to the name in the Estate of Mexico. A constitutional and conventional approach

RODOLFO RAFAEL ELIZALDE CASTAÑEDA*

MARTÍN REYES JIMÉNEZ*

Resumen

En este trabajo se analiza si el registro de las personas físicas en el Estado de México se lleva a cabo en estricta observancia a los principios constitucionales y convencionales. Para ello, fue menester estudiar comparativamente si dicho acto jurídico acontecía sujetándose a la forma que impone la legislación o al amparo de la voluntad de las personas, como consecuencia de su derecho fundamental reconocido tanto en el orden jurídico nacional como en el internacional, derivado de los Tratados Internacionales que el Estado Mexicano ha suscrito. El derecho humano al nombre en el Estado de México está contemplado en beneficio de las personas, aunque la misma legislación es limitativa, pues para constituirlo tienen injerencia los órganos del Estado, lo cual, consideramos, vulnera la libertad de las personas, ya que establece qué apellidos deben usarse, acto que encierra en sí mismo una sumisión de las personas y no el ejercicio libre de sus derechos fundamentales.



Esta obra está bajo licencia Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0
International (CC BY-NC-SA 4.0)

Palabras clave

Persona, Identidad, Nombre, Constitución, Convencionalidad.

Abstract

This paper analyzes whether the registration of natural persons in the State of Mexico is carried out in strict compliance with the constitutional and conventional principles. For this, it was necessary to study comparatively if said legal act happened subject to the form that the legislation imposed or to the protection of the will of the people, as a consequence of its fundamental right recognized both in the national and international legal order, derived from International Treaties that the Mexican State has signed. The human right to the name, in the State of Mexico, is contemplated for the benefit of the people, although the same legislation is limiting, because to constitute it, the organs of the State have interference, which, we consider, violates the freedom of the people, since that establishes what surnames should be used; act that contains in itself a submission of the people and not the free exercise of their fundamental rights.

Key words

Person, Identity, Name, Constitution, Conventionality.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta investigación consistió en estudiar el derecho humano al nombre en el Estado de México al amparo del derecho constitucional y convencional. Dicho ordenamiento establece que:

El nombre de las personas físicas se forma con el sustantivo propio y el primer apellido del padre y el primer apellido de la madre, en el orden que, de común acuerdo determinen. En el caso de que el padre y la madre no lleguen a un acuerdo respecto del orden que deben seguir los apellidos del hijo o hija, el apellido paterno aparecerá en primer lugar y el apellido materno en segundo lugar (CCEM, 2002, artículo 2.14).

Con la disposición normativa de referencia el nombre queda configurado de tal modo que se da predilección a la línea paterna, acto que va en detrimento de la mujer porque se privilegia la continuación del linaje paterno, pues según la disposición legal invocada, los primeros apellidos del padre y la madre serán los que correspondan a la línea paterna. Este es precisamente el problema que se abordó, porque se considera que dicho precepto vulnera los derechos humanos, incluyendo el derecho al nombre y algunos tratados internacionales.

Con la evolución de los derechos humanos, el derecho al nombre no solo puede apreciarse y considerarse como elemento o atributo de la personalidad o como un aspecto civil, sino que su alcance se proyecta al amparo de los derechos humanos antes mencionados. Al estar dichos derechos tutelados y protegidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por los tratados internacionales, se buscó que en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas que los regulan se observara el principio de protección de los derechos humanos (principio *pro homine*), superando las bizantinas interpretaciones literales restringidas de la norma jurídica de una visión puramente objetiva.

La pregunta de investigación fue: ¿el artículo 2.14 del Código Civil del Estado de México, al establecer el registro del nombre de las personas físicas, transgrede en perjuicio de la mujer los derechos humanos de no discriminación, igualdad, dignidad, identidad y nombre, reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano?

Algunos de los objetivos fueron: investigar y analizar comparativamente en el marco del derecho nacional e internacional los derechos humanos de las personas físicas a la no discriminación, dignidad, igualdad, identidad y al nombre, por lo que se refiere al uso, registro y orden de los apellidos al momento del registro. En este ejercicio, utilizamos los métodos analítico, sintético, documental, bibliográfico, hermenéutico, cibergráfico y sobre todo el comparativo.

La hipótesis fue: el artículo 2.14 del Código Civil del Estado de México al establecer el registro del nombre de las personas físicas transgrede en perjuicio de la mujer los derechos humanos de no discriminación, igualdad, dignidad, identidad y nombre, reconocidos en la Carta Magna (CPEUM, 1917) y en tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano.

Entre las conclusiones se expone que efectivamente, tal y como estaba redactado el artículo 2.14 del Código Civil del Estado de México, transgredía dichos derechos humanos, pues no los respetaba y violaba con ello el derecho constitucional y convencional. Además, así como disponía dicho precepto, el nombre se

integra tanto por el sustantivo propio como por los apellidos, pero conforme a un formulismo legislativamente establecido, el cual por cuanto hace al nombre propio no implica inconveniente; sin embargo, el problema existe al momento de decidir los apellidos y sobre todo el orden que éstos deben llevar. Lo que en esencia constituye una violación al derecho humano de igualdad entre el hombre y la mujer, discriminando con ello a ésta última; además elimina toda posibilidad para que los padres puedan decidir conforme al principio de libre voluntad la configuración del nombre completo, sustantivo propio y apellidos, de la persona física a registrarse es decir, para que en ese contexto los padres puedan determinar bajo su consenso qué apellidos usar y el orden (hecho que actualmente no permite la legislación civil de la citada entidad federativa). Asimismo, consideramos que se vulnera no solo el derecho humano al nombre, sino también los derechos humanos de no discriminación, igualdad, dignidad e identidad, reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM, 1917, artículos 1, último párrafo, y 4, párrafos primero y octavo) y, entre otros tratados internacionales, también trasgrede la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CONVENCIÓNADH, 1969, artículo 18), suscrita por el Estado Mexicano, mismos que junto con otros varios tratados, integran el denominado bloque de convencionalidad.

EL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD Y AL NOMBRE

En virtud de que en el texto constitucional está reconocido el derecho a la identidad como un derecho fundamental de las personas, entre las que se debe contemplar el derecho al nombre, es importante señalar qué es y como está configurado. Por tal motivo, se precisa que *el nombre*, es definido por el *Diccionario Larousse de la Real Academia Española* (2007, p. 721) como: “s. m. (lat.*nomen*, -inis). Palabra que sirve para designar un ser o una cosa material o inmaterial. 2. Palabra o palabras que preceden al apellido y designa personalmente a una persona, como Pilar, Pedro, José Manuel, etc. 3. Conjunto formado por el nombre de pila y los apellidos de una persona...”. Según Rojina (2014, p. 503-504), el nombre constituye “el dato de identidad de la persona y está constituido por el apellido (o nombre patronímico), acompañado del nombre (nombre de pila), o sea, por lo que la ley llama, comprensivamente, el nombre, el nombre es el punto de referencia de un conjunto (por lo general, largo y de difícil recuerdo) de datos por los que se describe y por consiguiente, se individualiza a la persona”. Por su parte, Fernández (2015, p.38) nos proporciona algunas características del nombre: inmutabilidad, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad, inalienabilidad, intransmisibilidad, inestimabilidad o carencia de valor patrimonial, es *oponible erga omnes*, está vinculado a una relación familiar y se tiene un derecho a tenerlo y un deber a usarlo.

Claro está que en esas definiciones queda comprendido el nombre por dos aspectos, el que corresponde propiamente al nombre y los apellidos. Luego entonces *el nombre*, es un atributo de la personalidad una composición bipartita, posee dos elementos inalienables, exclusivos, inmutables y perenes que solo pueden ser modificados por razones justificadas y acreditables. Así pues, encontramos que el nombre de las personas físicas se compone de dos aspectos esenciales: el nombre propio o de pila y uno o más apellidos, el primero corresponde al dato de identificación que individualiza y el segundo que lo filia con sus progenitores y la familia.

De la Fuente (2012) expresa que: “en la persona física el nombre cumple una doble función: de individualización y como signo de filiación. Se compone de elementos fijos: el nombre de pila, que es opcional y los apellidos determinados por la filiación”. El nombre, como parte de la identidad propia de la persona, se configura por dos elementos, el sustantivo propio y los apellidos, por lo que para su debida comprensión en cuanto a los efectos jurídicos que produce, es primordial que en forma primigenia deba analizarse cada uno de ellos, su alcance y repercusión (p. 1).

El primero de los elementos señalados, prenombre, nombre de pila o nombre propio, según Pliner (citado en Howell, 2013):

Corresponde al antiguo nombre único de las personas y es la base de la individualización del sujeto, a quien le es impuesto, en circunstancias ordinarias, inmediatamente después de nacer, de ahí que los ingleses lo llamen *given name*, es decir nombre dado, idea que expresa también las calificaciones de “nombre de pila” o “de bautismo”, y que se opone al *family name* (nombre de familia) que no le es dado sino que le corresponde por derecho. Es también el elemento propio, libre de toda vinculación preestablecida, pues la palabra que constituirá este signo será elegida libremente por quien tiene la facultad de imponerlo al recién nacido (p. 48).

El sustantivo propio, al ser único, incluso entre los miembros de la familia, da singularidad e individualiza a la persona, lo destaca de los demás y solo se vincula con su familia, con aquellos que tienen una descendencia común bajo el linaje o filiación que le conceden los apellidos, los cuales constituyen el elemento común entre los miembros de la familia.

De los elementos configurativos del nombre, el sustantivo propio no implica mayor problema en su asignación, queda a la voluntad de las personas. En México, como en la mayoría de los países de Latinoamérica, la asignación del nombre depende de la voluntad de las personas. Acacio (2011, p. 136-137) refiere que en Colombia “hay libertad para escogerlo, aunque no existe disposición para la asignación del nombre propio; asignado ya la persona tendrá el inscrito en el registro civil de las personas. En cuanto a la elección del prenombre es norma que quien solicita la inscripción del nacimiento en el Registro Civil es quien asigna el nombre”.

Con respecto a los apellidos, tradicionalmente se había venido imponiendo la costumbre de preservar el apellido paterno, por lo que en muchas ocasiones se excluía el apellido materno; sin embargo, se ha ido superando esa actitud discriminatoria, pues la preferencia que se daba a la línea paterna atentaba en forma clara a la igualdad de género, por ello hoy en día se pretende no solo observar su uso a la luz de un derecho de libertad consensada, sino en ejercicio de un derecho humano. González (2013) nos indica que el apellido tiene a su vez una doble función, a saber:

1. Filiación (función filial). Aunque por regla general la filiación tiene sustento en el fenómeno biológico de la procreación, no se puede negar que éste no es el único, de manera que, atendiendo al tipo de filiaciones que pueden existir, en especial las de orden civil, es posible afirmar que el derecho no crea el vínculo biológico, sólo lo califica o regula; y que, a la vez, el vínculo biológico no crea *per se* la relación jurídica que surge de la filiación. En este orden de ideas, progenitor es un término de orden biológico, mientras que el concepto de padre o madre es una categoría de orden jurídico que se relaciona con el parentesco de las personas, el

cual puede ser considerado o equiparado al consanguíneo sin importar el origen biológico de las personas.

2. Identidad (función individualizadora). El apellido de una persona permite ubicarla como parte de un determinado grupo familiar y, a la vez, individualizarlas. Su sola referencia evoca los atributos, cualidades y defectos de la persona que lo porta, trayendo a colación sus obras, hechos y acciones, por lo que es evidente que el nombre se encuentra ligado de manera inescindible a la personalidad e identidad de las personas y, por ende, a su propia dignidad (p. 127).

Como se advierte, el segundo de los elementos que componen el nombre son los apellidos, aquellos que conceden filiación establecen el vínculo con el núcleo familiar al que pertenece la persona. En ese mismo orden de ideas, Howell (2013) señala que el segundo elemento que conforma el nombre une con el resto de la familia bajo el concepto de linaje, pues:

el apellido es lo que comúnmente se ha conocido como el “nombre de familia”. Es uno de los elementos del nombre que permite individualizar a los sujetos e identificarlos en el ámbito social –ya no familiar, como sí lo hace el nombre de pila... pues consideramos que el apellido es la designación común de los miembros de una familia o de una estirpe, de ahí que cada individuo llevará el o los que le correspondan como resultado de su integración en el grupo que se distingue por ese apelativo (pp. 48-49).

Si el nombre ha sido el elemento distintivo en el hombre y le da individualización y singularidad universal con el resto de sus congéneres, es entonces el dato que le permite identidad. Es decir:

la identidad no es solo uno más de los elementos que conforman la esencia del ser humano como tal, sino aquel que representa la individualidad de cada uno y la potencialidad de desarrollarnos como personas y como parte de un grupo social, de aprovechar las capacidades y aptitudes naturales y adquiridas, así como gozar y ejercer las libertades y los derechos que el orden jurídico nos reconoce u otorga.

Además, el nombre como parte del derecho a la identidad le da individualidad y reconocimiento oficial a la persona, así lo estimó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) al resolver el juicio de amparo en revisión número 2424/2011 (SSCJN de 18 de enero de 2012), señaló que: “...el nombre constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad...” (p. 30).

Al ser la persona humana el motivo trascendente de la existencia de las instituciones públicas y del orden jurídico, es fundamental que cada individuo cuente con una identidad, la cual sea preservada y que pueda en todo momento acreditarla, haciendo valer su propia personalidad en todas las actividades y manifestaciones legítimas que desee en uso de su libertad; este derecho trasciende incluso en la forma de decidir la asignación del nombre, así como en aquellas que constituyen deberes y obligaciones como nacional y ciudadano, y los de derecho privado. En México este derecho está expresamente reconocido en la Constitución Federal (CPEUM,

1917, artículo 4, párrafo octavo) al establecer que: “Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento”. Luego entonces, es el máximo ordenamiento quien otorga el reconocimiento de esos derechos a toda persona. Asimismo, el derecho de identidad constituye: (SG, 2010):

El reconocimiento jurídico y social de una persona como sujeto de derechos y responsabilidades y, a su vez, de su pertenencia a un Estado, un territorio, una sociedad y una familia, condición necesaria para preservar la dignidad individual y colectiva de las personas. El reconocimiento del derecho a la identidad a través del registro de nacimiento permite al niño o niña adquirir una identidad, un nombre y una nacionalidad. Asimismo, implica su incorporación como sujeto de derechos dentro de un Estado y su acceso a un conjunto de derechos humanos reconocidos internacionalmente (p. 7).

Al establecer que el nombre es parte integrante de la identidad de la persona es menester señalar entonces, desde la perspectiva de estudio de esta problemática, qué comprende el derecho a la identidad y cuál es la relación con la consideración de ser un derecho humano. Al respecto, Guisbert (2016) señala que el derecho a la identidad implica:

[...] el reconocimiento del derecho a un nombre, a la nacionalidad y a la personalidad jurídica”; la misma autora agrega diciendo que el derecho a la identidad encierra, “el reconocimiento de su individualidad, esto se traduce en registros oficiales y verificables donde figuran: nombre, apellidos, fecha de nacimiento, nacionalidad y filiación con los padres biológicos, adoptivos o a cargo del Estado con nombres y apellidos convencionales” (p. 97).

Entonces el derecho a la identidad, un derecho humano, inherente a la persona, se reconoce jurídicamente, pero se adquiere por la naturaleza misma del ser humano. Guisbert (2017) agrega:

La identidad conforma la esencia del ser humano, simboliza la individualidad de cada uno y la potencialidad de desarrollo personal y social, de las capacidades y aptitudes asignadas y adquiridas, y de ejercer las libertades y los derechos reconocidos por el orden jurídico. El contar con identidad propia permite diferenciarse a las personas de las demás, con las características propias de la personalidad de cada ser humano, como el de pensar y opinar individualmente, aclarando que la identidad va más allá del hecho de ser diferentes al resto. Sólo cuando esas características son reconocidas por los otros es posible lograr la individualización y a la vez formar parte de la sociedad. La identidad individualiza, proporciona a las niñas, niños y adolescentes la protección del Estado, de los padres, familiares, vecinos y la sociedad en conjunto de protegerlos y ampararlos (pp. 97-98).

Con el ejercicio del derecho a la identidad existe mayor garantía de acceso a otros derechos, como el derecho al nombre, el cual da identificación a la persona y le otorga reconocimiento civil. El nombre como atributo de la personalidad debidamente reconocido queda establecido a partir del registro de la persona, su inscripción oficial implica el reconocimiento de su derecho fundamental y la obligación de ser garantizado.

En ese mismo tenor, con motivo del amparo directo en revisión 259/2013, refiere González (2013) que:

El derecho a la identidad personal ha sido definido por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte como el que tiene la persona a poseer sus propios caracteres, físicos e internos, y sus acciones, que lo individualizan ante la sociedad. Así, la identidad personal es el conjunto y resultado de todas aquellas características que permiten individualizar a una persona en la sociedad, es todo aquello que lo hace ser “uno mismo” y no “otro” y que se proyecta hacia el exterior, permitiendo a los demás conocer a esa persona y, de ahí, identificarla. En ese orden de ideas, si una de las funciones del nombre es permitir la individualización de las personas, es evidente que desempeña un papel fundamental en el derecho a la identidad, y aunque el nombre de las personas sólo es un elemento que integra el derecho a la identidad, no se puede negar que también se construye a través de múltiples factores psicológicos (p. 128).

Profundizando aún más, Giannasi (2009) hace referencia en el sentido de que: “el derecho a la identidad articula el derecho a la libertad, al respeto a la integridad física, psíquica y moral de las personas, a la seguridad personal, a tener un nombre, a la protección de la familia y al derecho a la verdad. Pero por sobre todas las cosas, el derecho a la identidad está íntimamente ligado al núcleo esencial de lo que son los derechos humanos: el respeto de la dignidad de todas las personas” (p. 71).

Ahora bien, no obstante que es tarea del Estado alcanzar los propósitos antes señalados, su intervención en la identidad de la persona debe estar limitado a su función de inscripción, registro, certificación y publicidad, de ninguna manera a su configuración. Por ende, no debe establecer políticas, medidas ni regulaciones que establezcan rigurosamente cómo debe quedar conformada esa identidad, configuración que solo puede ser determinada por la libre voluntad externa de los padres o por la propia persona, en vigencia del derecho humano de vida privada y familiar.

Se insiste, al ser el nombre parte constitutiva del derecho a la identidad de las personas físicas, que la protección del mismo es obligación del Estado, ya que al considerarse como prerrogativa, es merecedora de garantías que lo hagan efectivo, que lo tutelen, lo reconozcan e implementen como parte de una norma general. Tal y como se desprende de nuestra Carta Magna (CPEUM, 1917, artículo 1, primer párrafo).

Es un derecho humano en atención a que es inalienable a toda persona, es menester su incorporación a todo ser humano, es primordial su instrumentación y ante ello el Estado debe velar por su observancia. En tal virtud, es deber del Estado no solo es reconocer la identidad personal de cada una de las personas que constituyen su población, sino también el proporcionarles los medios idóneos para que esta identidad sea oponible a terceros y pueda acreditarse de manera fehaciente. Para ello, resulta fundamental contar con sistemas de registro incluyentes, accesibles y eficientes que proporcionen a cada individuo los documentos que hagan prueba plena de su identidad. Todo lo anterior se cumple con el registro de las personas, por

eso hemos dicho que este acto jurídico implica la asignación de un nombre, el cual hoy en día se visualiza no como un simple elemento o atributo de la personalidad, sino como un derecho humano.

Al ser el derecho humano al nombre una expresión implícita en el derecho humano a la identidad, y por lo tanto inherente a la persona, es preciso su regulación, y en ese contexto, como lo hemos venido señalando, es nuestro ordenamiento supremo (CPEUM, 1917), quien se erige como la norma suprema que lo reconoce y garantiza como un derecho humano, por lo tanto, expresamente lo protege y ya no está sujeto a las interpretaciones de los tribunales, sino al acatamiento de los mandatos derivados del texto constitucional.

Mencionamos anteriormente que la propia SCJN precisó el alcance y contenido del derecho humano al nombre en la sentencia del juicio de amparo directo, 2424/2011. Sin embargo, continuó precisando (SSCJN de 18 de enero de 2012):

55. Así pues, el nombre tiene por finalidad fijar la identidad de una persona en las relaciones sociales y ante el Estado, de suerte que la hace distinguible en el entorno, es decir, es una derivación integral del derecho a la expresión de la individualidad, por cuanto es un signo distintivo del individuo ante los demás, con el cual se identifica y lo reconocen como distinto.

56. De lo anterior, se desprende que la identificación cumple con la función de ser el nexo social de la identidad, siendo uno de sus elementos determinantes el nombre; por tanto, éste al ser un derecho humano reconocido como tal, no emerge de las legislaciones particulares de cada Estado, sino que es inherente a la persona humana como tal, siendo, además, inalienable e imprescriptible (p. 29).

Al elevarse a rango constitucional el derecho humano a la identidad y al registro, se reconoce a la persona física como parte de la sociedad, la individualiza y le hace ser sujeta a derechos, impone como obligación que las leyes ordinarias que regulen el registro de la persona física y su derecho al nombre se apeguen a los principios que la misma Constitución contiene, previendo que se garantice su ejercicio sin limitación alguna, de ahí que cuando la ley ordinaria federal o de los estados establezcan disposiciones contrarias al cuerpo normativo de la ley fundamental, cualquier autoridad en ejercicio del control difuso de constitucionalidad y del control difuso de convencionalidad debe inobservar su aplicación al contrariar los derechos fundamentales de las personas.

SUSTENTO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DEL NOMBRE

En México el derecho humano al nombre, incluido en el derecho humano a la identidad en la forma que se encuentra inmersa en la Constitución Federal, es de reciente incorporación, pues data de la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada el 10 de junio de 2011. Por tal motivo, González (2013) menciona que: “el desarrollo jurisprudencial e interpretativo del derecho al nombre en nuestro sistema jurídico es aún limitado...” (p. 2); su estudio no parte de ser autónomo, sino se efectúa a la luz de los diversos instrumentos internacionales que México ha suscrito y ratificado; su análisis acontece de las consideraciones y regu-

laciones que los tratados y las convenciones internacionales contienen, mismas que contemplan al nombre como un derecho humano, algo intrínseco a la naturaleza misma de la persona.

Al ser el derecho humano al nombre una expresión implícita en el derecho humano a la identidad y por lo tanto inherente a la persona, es preciso su protección. En México, como se ha señalado anteriormente, el párrafo octavo del artículo 4 de la Carta Magna (CPEUM, 1917) lo erige como la norma suprema que reconoce y garantiza su observancia, por lo que la protección a ese derecho no está sujeto a las interpretaciones de los tribunales, sino al acatamiento de los mandatos derivados del texto de la propia constitución federal.

Al elevarse a rango constitucional el derecho humano a la identidad y al registro, se reconoce a la persona física como parte de la sociedad, lo cual acontece a partir de la asignación de un nombre, el cual permite la individualización de la persona y le hace ser sujeta a derechos; por lo que la ley suprema impone como obligación que las leyes ordinarias que regulen el registro de la persona física y su derecho al nombre se apeguen a los principios que la misma constitución contiene, previendo que se garantice su ejercicio sin limitación alguna, de ahí que cuando la ley ordinaria federal o de los estados establezcan disposiciones contrarias al cuerpo normativo de la ley fundamental cualquier autoridad debe inobservar su aplicación.

Como se ha puntualizado, el derecho a la identidad, reconocida como derecho humano en la constitución federal, y con ello el derecho humano al nombre, implica una obligación estatal para establecer mecanismos y medidas institucionales que garanticen ese derecho, sin limitante alguna, sin interferencia del Estado, con alcance a toda persona y sin distinción, pues su interpretación debe hacerse en armonía con lo que establece el artículo 1 del máximo ordenamiento federal (CPEUM, 1917).

Aunado a lo anterior, el mismo supremo ordenamiento (CPEUM, 1917, artículo 1, párrafo segundo), dispone que: “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”. En consecuencia, en aquellos casos que la Carta Magna no establezca en forma expresa un derecho, pero que se encuentre implícito en su propio contenido, tratándose de un derecho humano, debe interpretarse conforme, es decir, acorde o en estricta concordancia con lo que establecen los instrumentos jurídicos internacionales que conforman el denominado bloque de convencionalidad, aquellos en que el Estado Mexicano ha expresado su consentimiento o voluntad para someterse a las regulaciones internacionales, de ahí que, en el caso del derecho humano al nombre, no establecido expresamente en el texto constitucional, se empezó a interpretar partiendo de las consideraciones del derecho convencional. Por tales razones, González (2013) al señalar que en el caso del derecho constitucional mexicano, el derecho al nombre no está expresamente regulado, la Primera Sala de la SCJN, al resolver el juicio de amparo número 2424/2011, “aceptó que la referencia constitucional enunciativa del derecho humano en comento no fijaba su sentido o alcance, ni lo definía en alguna medida, por lo que estimó conveniente remitirse a las fuentes internacionales en materia de derechos humanos” (p. 5). Dichos tratados internacionales que nuestro país ha suscrito conforman el derecho convencional y de la consideración armónica del derecho interno con respecto del instrumento jurídico internacional se busca beneficiar en mayor medida a la persona y se contemplan los alcances de ese derecho humano, de ahí la importancia de estudiar el orden jurídico convencional derivado de los referidos tratados.

También hay que tener presente la tutela o protección que hace el artículo 29 del citado máximo ordenamiento (CPEUM, 1917, artículo 29, párrafo segundo), que establece:

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez...ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Asimismo, en el sistema jurídico nacional también contamos con la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNYA, 2014, artículos 13, fracción III y 19 fracción I), la cual reconoce que tienen derecho a la identidad, derecho que comprende el contar con nombre y los apellidos que les correspondan, así como a ser inscritos en el Registro Civil respectivo de forma inmediata y gratuita, y a que se les expida en forma ágil y sin costo la primer copia certificada del acta correspondiente, en los términos de las disposiciones aplicables.

Igualmente, debe considerarse que en el ámbito del derecho internacional existen instrumentos jurídicos que regulan el derecho al nombre como derecho humano en su conformación, no imponiendo restricción alguna. La normatividad internacional que recoge el derecho al nombre como concepto inalienable en el hombre son: a) la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, artículo 6), la cual establece que: “todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”; b) la CONVENCIÓNADH, 1969, artículo 18, la cual prevé que: “toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos si fuere necesario”; c) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCYP, 1981, artículo 24, punto 2), el cual estatuye, “2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”; d) La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, 1989, artículo 7, apartado 1, artículo 8), el primer precepto dispone: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”; mientras que el artículo 8 puntualiza: “Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. De este último ordenamiento, se reconoce el derecho del niño a preservar su identidad, incluido el nombre, en esto último no existe directriz, lineamiento o formulismo alguno para la configuración del nombre, uso de apellidos, etc., y, e) la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEFDm, 1981, artículo 16, apartado 1), ésta obliga a los Estados a reconocer a la mujer casada el mismo derecho que el hombre a elegir el apellido, al prescribir: “ Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres”.

En este contexto, los instrumentos jurídico internacionales se estatuyen como un derecho fundamental en beneficio de la persona física, el cual hasta el momento de ser registrada se le respeta su derecho a usar el nombre que desee, compuesto por el nombre de pila y patronímico o apellidos que tengan a bien utilizar; no establecen

de forma alguna un formalismo determinado, tampoco impone una regla a seguir en el uso y orden de los apellidos y no interfiere en su selección y uso, por lo que queda a la decisión que adopten los padres o la misma persona. En esencia, se reconoce y autoriza el ejercicio auténtico de la voluntad.

De particular importancia resultan los criterios que sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORTEIDH) con respecto al derecho humano al nombre y su configuración, quedando plasmados en: Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C no. 221, párr. 127, en el caso *Gelman vs. Uruguay*, al destacar la existencia de una obligación de los Estados parte de la propia (CONVENCIÓNADH, 1969) al garantizar que las personas sean registradas con el nombre elegido por ella o sus padres, según sea el caso, sin ningún tipo de restricción ni interferencia en la decisión de la elección del nombre; Sentencia de fecha 8 de septiembre de 2005, pronunciada en el Caso de las niñas Jean y Bocico vs. República Dominicana; Sentencia de fecha 31 de agosto de 2011, pronunciada en el Caso Contreras y otros vs. El Salvador, y Sentencia de fecha 9 de septiembre de 2005, pronunciada en el Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Al amparo de estas decisiones derivadas del derecho convencional, la integración del nombre debe quedar sujeta a la voluntad de las personas o de quienes las representen, por lo que no debe existir injerencia, participación o intromisión del Estado en esa decisión.

Los ordenamientos legales que conforman el denominado sistema convencional son importantes, ya que a partir de ellos es como se han ido implementando en México las acciones legislativas y administrativas orientadas a reconocer los derechos humanos contenidos en esas legislaciones de orden internacional, además la interpretación y aplicación ha ido en forma progresiva buscando ante todo el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

Al constituirse los derechos humanos en eje central de los tratados, convenciones y demás instrumentos internacionales que protegen a las personas, al amparo de las disposiciones convencionales antes anotadas, actualmente es criticable por la mayoría de los estudiosos del derecho de las personas, que la composición del nombre, en lo relativo a los apellidos, deba imperativamente tener lugar privilegiando la figura paterna, por lo que se orientan a establecer como premisa ideal el respeto de la voluntad de los padres; en ese sentido es de destacar la opinión de Belandero (2011), quien al estudiar el derecho al nombre dentro de la legislación Uruguaya expone que debe existir libertad en la elección de los apellidos. Al efecto, comenta:

Como se ha expresado, en cuanto a la elección del nombre de pila hay una gran libertad para elegir aquel que se apetezca, con la limitación que no debe ser desdoroso, y con la particularidad de que la elección no la realiza el propio interesado sino sus progenitores o quienes lo presenten ante las autoridades del Registro del Estado Civil. Pero lo mismo no acontece en relación con los patronímicos. En los países hispanoparlantes los apellidos deben ser necesariamente dos, y además deben ir en un determinado orden: primero el del padre y luego el de la madre. Parece indiscutible que el orden de prelación demuestra una regla sexuada o sexista, al dársele preferencia al apellido del padre, ya que el apellido de la madre (en caso de hijos matrimoniales o extramatrimoniales reconocidos o declarados tales) siempre irá en un segundo lugar. Los países más evolucionados jurídicamente han reconocido la posibilidad de que el orden de los apellidos para los hijos se convenga entre los integrantes de la pareja. Atendiendo al respeto del principio de no discriminación por

razones de sexo, la regla sobre los apellidos que ordena la prioridad del apellido paterno y la colocación en segundo término el materno debería eliminarse y sustituirse por otra que permita a los cónyuges o concubinos, o simplemente progenitores, establecer el número de apellidos y su orden. Sería una decisión respetuosa de los derechos fundamentales de las personas físicas. Todo lo dicho con una restricción: el número y orden de los apellidos que se decida para el primer hijo será determinante para todos los demás. Esto es, una vez decidido para el primer hijo, los demás seguirán con el mismo apellido del primero, como manera de mantener la unidad y coherencia en la familia (p. 359).

Como se aprecia, el ejercicio de la autonomía de la voluntad para integrar el nombre de las personas empieza a tomar auge, no está totalmente construida, pues parte de los criterios legales recientes, incluso en la doctrina actual, poco a poco se va manifestando la idea o el mecanismo de configurar el nombre, así lo asienta González (2013) al señalar que en México:

La creciente aparición de un contexto de cambio en la estructura y organización de la sociedad han hecho necesario que los tribunales nacionales comiencen a generar mecanismos de interpretación que, desde un enfoque de derechos humanos, sean capaces de dar respuestas adecuadas de armonización entre instituciones jurídicas tradicionales de derecho civil y familiar con el adecuado goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas (p. 123).

En este contexto, resulta importante el criterio de la Primera Sala de la SCJN, derivado de la Tesis: 1a. xxv/2012 (10ª Época), bajo el rubro y texto siguiente:

DERECHO HUMANO AL NOMBRE. SU SENTIDO Y ALCANCE A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y A LA LUZ DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Conforme a las obligaciones establecidas en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el numeral 29 del mismo ordenamiento, se advierte que el sentido y alcance del derecho humano al nombre, a partir de su propio contenido y a la luz de los compromisos internacionales contraídos por el Estado Mexicano en la materia, son el conjunto de signos que constituyen un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad; este derecho está integrado por el nombre propio y los apellidos; lo rige el principio de autonomía de la voluntad, pues debe elegirse libremente por la persona misma, los padres o tutores, según sea el momento del registro; y, por tanto, no puede existir algún tipo de restricción ilegal o ilegítima al derecho ni interferencia en la decisión; sin embargo, puede ser objeto de reglamentación estatal, siempre que ésta no lo prive de su contenido esencial; incluye dos dimensiones, la primera, relativa a tener un nombre y, la segunda, concerniente al ejercicio de modificar el dado originalmente por los padres al momento del registro, por lo que, una vez registrada la persona, debe garantizarse la posibilidad de preservar o modificar el nombre y apellido;

y, es un derecho no suspendible, incluso en tiempos de excepción. Así, la regulación para el ejercicio del derecho al nombre es constitucional y convencionalmente válida siempre que esté en ley bajo condiciones dignas y justas, y no para establecer límites que en su aplicación equivalgan en la realidad a cancelar su contenido esencial.

Es a partir del respeto al derecho humano al nombre como se ha orientado el enfoque actual de la conformación del nombre, ya no bajo una consideración tradicional, sino buscando el mejor o amplio beneficio a la persona. Al ser la voluntad de las personas el eje que debe guiar la decisión de la configuración, uso y orden de los apellidos en el nombre de las personas, la actuación de los órganos estatales, la política y el orden jurídico debe modificar su lineamiento, al respecto González (2013) menciona:

El Derecho (estatal o convencional) debe ir eliminando las disposiciones androcéntricas, marcadoras de género, pensadas sobre modelos masculinos inadaptados respecto de las mujeres, como también la solución inversa, o sea buscar suprimir los marcadores matrocéntricos. Por tanto, deben suprimirse todas aquellas disposiciones legales de carácter sexista o sexuada que reconozcan un privilegio al hombre o a la mujer para colocar en primer lugar su apellido y en sustitución, permitir que la pareja convenga; en sus relaciones con los hijos: debe permitirse a la pareja acordar cuál va a ser para sus hijos el primer apellido del integrante de la pareja y cuál irá en segundo lugar, pero una vez efectuada dicha elección para el primer hijo, esta será obligatoria para los demás que pudieran engendrar. La autonomía de la voluntad debe ser reconocida dentro de los límites mencionados y debe tener una eficacia internacionalmente reconocida (pp. 367-367).

La tendencia que se indica anteriormente es la línea que se pretende y evidencia en la propia república de Venezuela, donde el cambio del apellido se sujeta a la protección del derecho fundamental de la persona, según lo afirma la jurista Figueredo (2010) al indicar que:

En el caso de que fuere elevada a la consideración del Registrador una solicitud de cambio de apellido, por lesionar este (*sic*) la dignidad y honor del solicitante, el artículo 146 de la Ley Orgánica de Registro Civil, establece que toda persona podrá cambiar su nombre propio por una sola vez y con ello excluye el legislador la mención del nombre patronímico o apellido y por tanto aleja la posibilidad de fundamentar la pretensión en esta disposición. Sin embargo, se piensa que puede tomarse para sustentar tal petición, el mismo argumento del artículo *in comento*, cuando se arguye que dicho apellido lesione la dignidad de la persona humana. Claro que se reconoce que el apellido tiene por fuente de adquisición “la filiación” y no la libre escogencia o atribución de sus progenitores o terceras personas, pero aun así, sigue siendo un derecho fundamental que debe tutelarse (pp. 184-185).

Actualmente es mayor la opinión que centra la posición de configurar el nombre de la persona ignorando o desatendiendo el género, la sexualidad y cualquier otro patrón que implique discriminación, tanto para el hombre como para la mujer, por ello sugieren que se otorgue a los padres, progenitores, cónyuges, adoptantes y adoptados, el derecho de decidir bajo consenso o pacto común el uso, elección y orden de los apellidos al momento de efectuar el registro de las personas físicas; pues como se ha mencionado, no atenta contra ningún derecho de las personas, por el contrario abate las prácticas discriminatorias hacia la mujer y generará igualdad, Novales (2003):

cuando en una sociedad *a priori* se impone la continuidad del apellido en línea masculina se envía el mensaje de que el hombre solo tiene ese derecho, por ende, automáticamente se impone una preeminencia sobre la mujer, por cuanto la identidad familiar permite su continuidad solo si hay hijos, termina cuando solo hay hijas; la consecuencia de ello es que afecta la dignidad de la mujer, lo cual es claramente discriminatorio (p. 322).

En el marco del derecho internacional poco se ha avanzado respecto al reconocimiento del derecho al nombre como manifestación de un derecho humano a la libre identidad, la cual se logra cuando se permite que la voluntad de las personas sea la que determine la configuración del nombre, uso y orden de los apellidos, así se advierte del estudio de legislaciones diversas. Entre los actuales ordenamientos que se pronuncian a favor del ejercicio de un derecho humano se encuentra el de Argentina, en donde se permite actualmente en el Código Civil y Comercial (CCyC, 2011, artículo 64) que: “el hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro...”. El alcance de dicho dispositivo legal permite advertir que en el registro del hijo no necesariamente debe tener lugar asentando su nombre propio, seguido del apellido del padre y luego de la madre, sino que permite que se use cualquiera de los apellidos de los padres, sujetando dicha decisión a un previo acuerdo entre ellos, con ello concurre la libre manifestación de la voluntad de los padres y de ninguna manera interviene una control legal. A propósito Ronconi (2015) afirma que “...se ha borrado en forma definitiva aquella distinción en perjuicio de la mujer. A partir de la entrada en vigencia de esta normativa todas las mujeres, casadas con hombres, con mujeres, en pareja con hombres o con mujeres podrán elegir el apellido que llevarán sus hijxs (*sic*)” (p. 131); agrega que: “la igualdad entre el hombre y la mujer debe no ser en un plano de hecho o derecho, este debe ser extensivo a la vida social, a la cotidianidad, por lo que expresa que en el caso de Argentina, la modificación al Código Civil para que los padres puedan consensar el uso del apellido, se basa en la eliminación de cualquier forma de discriminación” (p. 132). Y continúa diciéndonos: “históricamente, y salvo excepciones (básicamente falta de reconocimiento o ausencia del progenitor) se ha colocado obligatoriamente a los hijos el apellido del padre. Esta situación ha sido modificada en el nuevo Código civil, que otorga a los progenitores la elección del apellido de sus hijos” (132).

Lo interesante de la normatividad Argentina estriba en el hecho de que queda a la elección libre o consensada de los padres el apellido que ha de usar sus hijos, lo cual permite que libremente la configuración del nombre de pila y los apellidos sea en condiciones de igualdad entre el hombre y la mujer con ello se dé plena obser-

vancia al derecho humano de no discriminación, de igualdad y de libre identidad de la persona.

En España la ley vigente 20/2011 (Ley del Registro Civil de 21 de julio de 2011, artículo 49) sustenta también la posibilidad de configurar consensualmente y de manera libre el nombre del registrado, en lo que atañe al uso de los apellidos, pues ésta a partir del 30 de julio de 2017 dispone:

2. La filiación determina los apellidos. Si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor. En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos. El progenitor podrá determinar el orden de los apellidos. El orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación. En esta primera inscripción, cuando así se solicite, podrán constar la preposición «de» y las conjunciones «y» o «i» entre los apellidos, en los términos previstos en el artículo 53 de la presente Ley.

Dicha legislación ahonda mucho más al establecer en los artículos 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56 y 57 la elección libre del nombre propio, el uso y cambio de apellidos, de manera voluntaria o a través de juicio, el uso excepcional de apellidos o con elementos extranjeros, éstos últimos entraran en vigencia en 2018. Ahora bien, por cuanto hace al uso del nombre, en el ámbito del nombre patronímico, si bien establece que dicho consenso debe atender el primer apellido, posibilita el acuerdo de los padres como primera opción, otorga en consecuencia igualdad entre los padres, permitiendo que la línea materna pueda aparecer en primer término y no privilegia de modo alguno a la línea paterna, incluso en caso de desacuerdo; señala que se debe atender el principio jurídico de interés superior del menor, resultando novedosa y de vanguardia esta legislación. Sin embargo, sobresale que no impone en primer plano la fórmula legal impositiva, no tiene injerencia en primer término para la configuración del nombre, da ese derecho a las personas y solo cuando éstas no consensan el estado establece su forma de intervenir, pero siempre actuando bajo el eje rector que es el interés superior del menor.

Como puede advertirse de los elementos comparativos anteriores, existen legislaciones que ampliamente regulan la forma libre de la composición del nombre del menor, dan prioridad a la voluntad de los padres y reduce la intervención de los órganos del Estado encargados del registro, eliminan el privilegio de la línea paterna y genera un derecho de igualdad entre los padres, dan certeza al derecho humano de identidad a partir de la voluntad de los padres y no de la intervención de los órganos estatales.

EL DERECHO HUMANO AL NOMBRE EN EL ESTADO DE MÉXICO

Siendo el nombre de las personas un acto que deriva del registro del mismo ante la institución oficial competente, dicho acto debe apegarse a los principios constitucionales y convencionales; es decir, bajo una conceptualización de derecho humano en donde las personas tienen la libertad para decidir cómo debe quedar configurado. Tal exigencia, estimamos, no se cumple en el Estado de México, entidad donde el registro y por ende la asignación del nombre, en lo concerniente a los apellidos, tiene lugar como lo prescribe en forma general el Código Civil del Estado de México (Código Civil del Estado de México, 2002, artículo 2.14, primer párrafo), el cual establece:

El nombre de las personas físicas se forma con el sustantivo propio y el primer apellido del padre y el primer apellido de la madre, en el orden que, de común acuerdo determinen. En el caso de que el padre y la madre no lleguen a un acuerdo respecto del orden que deben seguir los apellidos del hijo o hija, el apellido paterno aparecerá en primer lugar y el apellido materno en segundo lugar.

Es decir, esta disposición legal contiene una fórmula legislativa preestablecida a la cual debe necesariamente ceñirse la actuación tanto de los padres como de las autoridades encargadas del registro; formulismo que visualizamos como atentatoria al derecho humano a la identidad de las personas y a su libre voluntad de constituirlo, y por lo tanto transgrede el último párrafo del artículo 1 y párrafo octavo del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los propios de los instrumentos legales convencionales referidos anteriormente.

Además, el precepto legal citado es violatorio del derecho humano a la identidad, en consecuencia al derecho humano al nombre, pues al preestablecer una fórmula legislativa en la conformación del nombre impide que éste se constituya a partir de la decisión de los padres, de tal modo que sean ellos quienes con una identificación plena de su formación familiar e individual materialicen la configuración del nombre, por ende, la identidad de la persona se construye acatando lineamientos legales y no atiende en absoluto la voluntad de las personas, premisa que no solo la constitución federal contiene, sino que se encuentra claramente regulada en los distintos instrumentos internacionales que conforman el sistema convencional, ordenamientos legales que tienen un dato uniforme, constituir el nombre a partir del respeto de la voluntad de los padres o de la misma persona; por la forma que se ordena el nombre da predilección a la línea paterna, acto que va en detrimento de la mujer, ya que se privilegia la continuación del linaje paterno, pues acorde a la disposición legal invocada, los primeros apellidos de padre y madre siempre serán los que correspondan a la línea paterna, lo que en esencia constituye una falta de igualdad entre el hombre y la mujer; aunque prescribe que se puede acordar entre los padres el orden de los apellidos, de ninguna manera constituye el derecho de elección de apellidos y su ubicación en el acta de nacimiento, pues aunque se ordene conforme a la voluntad de los padres, siempre se estará usando los apellidos de la figura paterna porque pues los primeros apellidos, tanto en el padre como en la madre, corresponderán en cada uno de ellos a su vez al de la figura paterna y no materna; con ello, no cumple el principio de igualdad y discrimina a la mujer al ubicar en segundo plano la figura materna, esto no debe ser permitido, pues al

circunscribir el uso de ese formulismo invade el derecho a la vida privada y tiene intrusión en el entorno familiar, cuando es una decisión de los padres o de la familia del menor, y lo cual corresponde en estricto sentido a la voluntad de los primeros en aras de una identidad con el menor, de preservar su identidad; además elimina toda posibilidad para que los padres puedan decidir conforme a su libre voluntad la configuración del nombre completo, sustantivo propio y apellidos de la persona física a registrar, y en ese contexto determinar bajo su consenso qué apellidos usar y el orden que éstos llevarán, lo cual actualmente no permite la legislación civil de la entidad mexiquense, ya que obliga a utilizar el primer apellido del padre y de la madre, más no se vislumbra la posibilidad de usar solo el del padre, el de la madre o el de ambos, bien en forma simple o compuesta, y lo más grave es que ni siquiera prevé lo concerniente en el caso de los matrimonios igualitarios, que si bien no están regulados en dicha entidad sí lo están en otros Estados; en el caso de que éstos quieran registrar a sus hijos en la entidad mexiquense, encontrarían la limitante en el registro de sus hijos, pues el dispositivo legal en análisis es sexista, de género, discriminatorio, contempla solo a la familia tradicional, pero de ninguna manera a otras formas de familia actual. Por tanto, violenta los derechos fundamentales de las personas no solo reconocidas en nuestra Carta Magna, sino en los mecanismos jurídicos internacionales reconocidos como derecho convencional.

Cuando se acude ante el oficial del registro civil a realizar el registro de la persona física, en esencia menores de edad, los padres encuentran el inconveniente de no estar poder elegir los apellidos que debe usar el registrado (el que ellos decidan libremente y bajo consenso) sino que deben ceñirse a la disposición formalista establecida legislativamente en el precepto legal citado en el párrafo que antecede; impidiendo con ello el ejercicio libre de su derecho a la identidad y al nombre (el que debe quedar integrado sin restricción alguna); con ello se violenta su derecho humano a decidir de qué manera ha de quedar integrado el nombre como parte de la identidad del registrado, esto incumple lo mandatado en la CPEUM, quien reconoce como un derecho fundamental que se efectúe el registro de la persona, pero sin establecer cómo debe acontecer tal acto jurídico, confrontación en la que desde luego debe imperar la voluntad de los padres y en beneficio de la persona registrada, en observancia de sus derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en los diversos instrumentos jurídicos internacionales, lo cual hoy en día no acontece bajo la aplicación del formalismo legal precisado, vulnerando con ello sus derechos fundamentales contenidos en los artículos 1 y 4, párrafo octavo de la CPEUM y en los mandamientos contenidos en los diversos ordenamientos de corte internacional suscritos y ratificados por México, los cuales se han puntualizado con antelación, pues estos últimos no establecen de manera alguna la forma en que se deba configurar el nombre del menor registrado, estatuyen como derecho humano el acceso a la identidad, a llevar un nombre que le distinga e individualice universalmente, pero no precisa el orden que deba asentar el nombre completo, no indica de manera sistemática el orden de los apellidos, pero sí en cambio prohíbe la injerencia de los órganos del Estado facultados para intervenir en el registro de las personas, pues debe atenderse el alcance de lo preceptuado por la CPEUM al establecer el principio jurídico constitucional de igualdad entre el hombre y la mujer en todos los ámbitos, de ahí que debe eliminarse la fórmula que contiene el artículo 2.14 del Código Civil del Estado de México.

Por ello debe establecerse de manera libre y pactada por los padres la configuración del nombre del menor registrado, como elemento de identidad del mismo y en esa tesitura, tanto el nombre como los apellidos deben ser elegidos por la vo-

luntad de los padres y su orden debe establecerse en la manera y forma que ellos lo decidan eliminar toda intervención legal en ese acto y que la función en el registro del menor circunscriba la autoridad competente a realizar los trámites administrativos para la expedición del documento oficial donde conste el registro.

Es claro que en aras de buscar un pleno estado de igualdad entre el hombre y la mujer debe derogarse cualquier disposición legal que atente contra esa finalidad, eliminando las formas de discriminación contra la mujer de *jure* y de *facto* en las esferas de la vida, incluidas la vida civil y familiar; en este último rubro es precisamente donde se hace patente el ejercicio del derecho a la no discriminación en cuanto a la composición del nombre, su uso y orden pactados; por ello, ante la problemática que existe actualmente en el estado de México en lo relativo al uso y orden de apellidos en el registro de las personas, debe atenderse puntualmente el erradicar toda práctica discriminatoria y con ello hacer efectivo el derecho humano a la identidad, al derecho humano al nombre y su libre consenso entre los padres o personas facultadas para realizar el registro de las personas, prevaleciendo las disposiciones de la CPEUM y de los mismos tratados internacionales, cuya observancia es obligatoria a todas las autoridades mexicanas, incluyendo a las que por vía administrativa compete efectuar el registro de las personas físicas, en cuyo desempeño deberían atender el libre pacto de los padres para la utilización de los apellidos en el registrado al no haber una fórmula preestablecida en los ordenamiento jurídicos nacional e internacional que así lo establezcan y con ello hacer válido en pro de la persona la vigencia de sus derechos fundamentales y no como acontece en el Estado de México, en donde ese derecho humano, está restringido en su libre ejercicio, ya que para la conformación del nombre, básicamente en el uso de los apellidos, ha de sujetarse la autoridad administrativa y los particulares interesados a la regla o forma preestablecida por el legislador en el artículo 2.14, por lo que limita su configuración al acatamiento de la forma preestablecida en la ley sustantiva civil; por lo tanto, se infiere que interviene de manera contradictoria al libre derecho de las personas, a la voluntad de éstas para integrar su nombre y para su uso y orden, violentando el derecho humano al nombre y el derecho humano a la identidad, ejes rectores reconocidos en los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales.

CONCLUSIONES

Derivado de las reflexiones, análisis y consideraciones expuestas a lo largo de este trabajo, resulta innegable que el artículo 2.14 del Código Civil del estado de México, que regula en forma general el registro de las personas físicas, violenta al derecho humano a la identidad y al derecho humano al nombre, pues impone bajo una concepción de sexo o género la predilección del uso y orden de los apellidos en las personas físicas a registrar, con ello discrimina de manera abierta los derechos de la mujer; en consecuencia, al comparar dicha norma frente a las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales que contienen el reconocimiento

elemental de los derechos humanos de las personas, se advierte que los inobserva e incluso que los contraria, pues limita de manera considerable el libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas en la configuración del nombre; tiene intromisión y no permite que concurra en ese acto jurídico la libre voluntad consensada de los padres; ya que no respeta la voluntad de éstos, sino establece qué apellidos deben usarse, acto que encierra en sí mismo una sumisión de las personas y no el ejercicio libre de sus derechos fundamentales, de ahí que debe suprimirse cualquier regulación en ese sentido y toda práctica que tenga por objeto la vulneración de derechos humanos, como en el caso acontece, ya que en la forma en que está redactado el multicitado precepto legal, es contrario a los derechos de las mujeres y de otras formas de familia como ocurre con las mono parentales, en cuyos casos, opina Pszemiarower (2015, p. 130): “las inscripciones de nacimientos de hijos en familias lésbicas, gays y bisexuales no deberían estar sometida a una obligada judicialización, porque los obstáculos propios que impone el acceso a la jurisdicción generan una fuerte restricción a los derechos fundamentales”. Es decir, si la ley no contempla la voluntad de las personas, éstas imperativamente recurren a los tribunales a fin de que se instituya el nombre como ellos lo desean, siendo innecesario si se respetan sus derechos fundamentales plasmados en este documento ante esta perspectiva, si en la codificación estatal se logra una reforma que tenga por objeto establecer que en el registro de las personas el eje central del acto concurra la voluntad de los padres se resolvería la problemática existente, pues no se impondrían los apellidos y su forma de usarlos ni su orden, sino serían los padres o registrados quienes lo determinarían de manera libre, sin que ello afecte cualquier otro derecho, cuestiones de orden o interés público. Por lo anterior, podemos decir que, el objeto, los objetivos, el planteamiento del problema y la hipótesis del presente trabajo se lograron ampliamente.

REFERENCIAS

1. Belandro, R. (2011). La libertad para elegir nombres y apellidos en el ámbito internacional, *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, Tomo 97, julio-diciembre, pp. 345-367, disponible en: <http://documentos.aeu.org.uy/090/097-2-345-367.pdf>, consultado el 10 de noviembre de 2017.
2. Código Civil del Estado de México (2002). *Gaceta de Gobierno del Estado Libre Soberano de México*, disponible en: <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig001.pdf>, consultado el 10 de noviembre de 2017.
3. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (CPEUM). Diario Oficial de la Federación (DOF). Ciudad de México, México, 05 de febrero de 1917, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf, consultado el 10 de noviembre de 2017.
4. Convención Americana sobre Derechos Humanos (CONVENCIÓNADH) (1969), disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/5.%20CONVENCION%20AMERICANA.pdf>, consultado el 10 de noviembre de 2017.
5. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEFDH) (1981), disponible en: http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100039.pdf, consultado el 10 de noviembre de 2017.
6. Convención sobre los Derechos del Niño (CONVENCIÓNNDN) (1989), disponible en: https://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_Convencion_Derechos_es_final.pdf, consultado el 15 de noviembre de 2017.
7. Corte Interamericana de Derechos Humanos (1981). Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf, consultado el 15 de noviembre de 2017.
8. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORTEIDH) (2005). Sentencia pronunciada en el Caso de las niñas Jean y Bocico vs. República Dominicana, de 8 de septiembre de 2005, disponible en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/47591/Documento_completo.pdf?sequence=1, consultado el 15 de noviembre de 2017.
9. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORTEIDH) (2011). Sentencia pronunciada en el Caso Contreras y otros vs. El Salvador, de 31 de agosto de 2011, disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf, consultado el 15 de noviembre de 2017.

10. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORTEIDH), (2005). Sentencia pronunciada en el Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, de 9 de septiembre de 2005, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_131_esp.pdf, consultado el 15 de noviembre de 2017.
11. De la Fuente, F. (2012). Importancia de usar correctamente el nombre de una persona física. *Revista Jurídica UCES*, (16), pp. 31-43, disponible en: <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/1953>, consultado el 15 de noviembre de 2017.
12. Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) (1948), disponible en: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf, consultado el 15 de noviembre de 2017.
13. Diario Oficial de la Federación (DOF) (2014). *Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNYA)*, México, 04 de diciembre, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDN-NA_090318.pdf, consultado el 22 de noviembre de 2017.
14. Fernández, E. (2015). *El nombre y los apellidos. Su regulación en derecho español y comparado* (tesis de pregrado), Universidad de Sevilla, España, disponible en: <https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/32106/TESIS%20definitiva.pdf;sequence=1>, consultado el 29 de noviembre de 2017.
15. Figueredo, E. (2010). El novel registro del estado civil de las personas en Venezuela. Preeminencia de los derechos de la personalidad en la reforma del sistema de registro civil. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, (6), pp. 173-210, disponible en: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/6-2010/art6.pdf>, consultado el 15 de noviembre de 2017.
16. Giannasi, A. (2009). *El derecho a la identidad en niños, niñas y adolescentes adoptados/as en Argentina* (tesis de pregrado). Universidad Andina Simón Bolívar, disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/335>, consultado el 15 de noviembre de 2017.
17. González, J. (2013). El derecho al nombre en el entendimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: reseña del amparo en revisión 259/2013. *Revista electrónica métodos*, núm. 5, junio-diciembre, pp.122-131, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/revista-metodhos/article/view/31164>, consultado el 15 de noviembre de 2017.
18. Guisbert, G. (2016). Derecho de identidad y filiación de la niña, niño y adolescente. *Revista Jurídica Derecho*, vol.3, núm. 4, pp. 95-108, disponible en: http://www.revistasbolivianas.org.bo/scielo.php?pid=S2413-28102016000100008&script=sci_arttext, consultado el 15 de noviembre de 2017.

19. Howell, M. (2013). *El cambio de apellidos por voluntad del titular y la determinación de su orden por decisión de los progenitores. Propuesta de Ley Ferenda* (tesis de licenciatura), Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, San José, Costa Rica, disponible en: <http://studylib.es/doc/5530361/%E2%80%99Cel-cambio-de-apellidos-por-voluntad-del-titular-y-la-det>, consultado el 29 de noviembre de 2017.
20. Larousse (2007). *El pequeño Larousse ilustrado*. México: Larousse.
21. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) (Primera sala) [Internet]. Sentencia dictada en el Juicio de Amparo Directo en Revisión: 2424/2011, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=132583>, consultado el 29 de noviembre de 2017.
22. Jurisprudencia: México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis: 1a. xxv/2012 (10ª Época).
23. Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales (21 de julio de 2011). Ley 20/2011, Ley del Registro Civil de España, disponible en: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-12628>, consultado el 22 de noviembre de 2017.
24. Morales Acacio, Alcides (2011). El cambio de nombre. *Revista Mario Alario D'Filippo*, (1), pp. 128-148, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=3486820>, consultado el 22 de noviembre de 2017.
25. Novales, M. (2003). Orden de apellidos de la persona nacida. Observaciones a propósito de un proyecto de ley. *Revista Chilena de Derecho*, 30 (2), pp. 321-330, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650436.pdf>, consultado el 22 de noviembre de 2017.
26. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (1981). Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf>, consultado el 22 de noviembre de 2017.
27. Pszemirower, D. (2015). Las inscripciones de nacimiento igualitarias. *Lecciones y Ensayos*, (94), pp. 303-3011, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/94/las-inscripciones-de-nacimiento-igualitarias.pdf>, consultado el 22 de noviembre de 2017.
28. Ranconi, L. (2015). El Nuevo Código Civil como una herramienta igualitaria: la regulación del apellido de los hijos. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, año IX, (15), pp.121-134, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/54/0>, consultado el 29 de noviembre de 2017.
29. Rojina, R. (2014). *Derecho Civil Mexicano*. Tomo Primero Introducción y Personas. México: Porrúa.

30. Secretaría de Gobernación (SG) (s.f). *El derecho a la identidad como derecho humano*, México: Secretaría de Gobernación.
31. Sentencia: (SCJN de 18 de enero de 2012). Base de datos: México. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) (PRIMERA SALA). Sentencia dictada en el Juicio de Amparo Directo en Revisión: 2424/2011. [Internet], disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/Paginas-Pub/DetallePub.aspx?AsuntoID=132583>, consultado el 29 de noviembre de 2017.

Retos y perspectivas de los tribunales electorales frente al paradigma de justicia abierta en México

Challenges and perspectives of the electoral courts forehead the paradigm of justice opened in Mexico

RAÚL FLORES BERNAL*

Resumen

El presente ensayo expone de manera breve y general el modelo de la transparencia electoral en México desde la perspectiva judicial, destaca los principales aspectos teóricos y normativos, así como las experiencias relevantes que ha enfrentado en fechas recientes el Tribunal Electoral para transitar hacia un esquema de datos abiertos, asimismo plantea la necesidad de reflexionar sobre el concepto de justicia abierta, sus implicaciones en general para el Poder Judicial, así como para el Tribunal Electoral.

Palabras clave

Justicia abierta, Transparencia, Gobernanza, Reforma y tribunal electoral.

Abstract

The present essay intends to expose, in a brief and general way, the model of electoral transparency in Mexico from the judicial perspective, highlighting the main theoretical and normative aspects, as well as the most relevant experiences that the Electoral Tribunal has faced recently to move towards A scheme of open data, likewise, raises the need to reflect on the concept of open justice, its implications in general for the Judiciary, as well as for the Electoral Tribunal.

Key words

Open justice, Transparency, Governance, Reform and electoral tribunal.



Esta obra está bajo licencia Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0
International (CC BY-NC-SA 4.0)

INTRODUCCIÓN

El presente ensayo expone la importancia del modelo de la transparencia electoral en México desde la perspectiva judicial para transitar hacia un esquema de datos abiertos, asimismo plantea la necesidad de reflexionar sobre el concepto de justicia abierta, sus implicaciones en general para el Poder Judicial, así como para el Tribunal Electoral en el Estado de México.

Lo anterior, tomando en consideración que el 7 de febrero de 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el Decreto por el que se reforman y adicionan disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de transparencia. Esta iniciativa tiene el objeto de conformar la legislación secundaria que desarrolla el contenido del derecho a la protección de datos personales que reconoce nuestra Carta Magna en dicha reforma.

Bajo esta tesis, tomando en cuenta que a partir de 2006 se realizó una reforma al artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de transparencia y acceso a la información, se hace la primera referencia constitucional al derecho a la protección de datos personales, pero sin regularlo sustancialmente, reiterando el papel de este derecho como contrapeso del derecho de acceso a la información.

Ahora bien, es dable rescatar que la transparencia es una obligación de las autoridades, ya que son sujetos obligados de hacer del conocimiento público la información derivada de su actuación en ejercicio de sus atribuciones, así como salvaguardar la protección de datos personales de los solicitantes.

La transparencia propicia un ambiente de confianza y seguridad entre el gobierno y los ciudadanos, de tal forma que estén informados y conozcan las responsabilidades, procedimientos, reglas, normas y demás información generada por el sector público en un marco de auténtica participación social y escrutinio de la sociedad.

Debemos tomar en cuenta que la transparencia también busca formar a una ciudadanía sensible, responsable, participativa, que conozca y ejerza sus derechos y obligaciones, además de colaborar activamente en el fomento a la integridad y combate a la corrupción.

En ese sentido, resulta orientador que toda persona tiene derecho a la protección de datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los que rijan el tratamiento de datos por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros". Con lo anterior, se deja manifiesto que el derecho de protección de datos personales es un derecho distinto y autónomo de otros derechos humanos.

Al respecto, el Tribunal Electoral ha destinado el máximo de sus esfuerzos para promover la transparencia y los principios que la componen desde el cumplimiento de las obligaciones de transparencia reactiva, que se refiere a la resolución de las solicitudes de información; de transparencia activa, es decir, la relativa al

cumplimiento de las obligaciones básicas de publicidad en los portales electrónicos y la transparencia proactiva, que vincula a este órgano jurisdiccional a poner a disposición cualquier otra información que sea útil o se considere relevante, además de que, con base en la información estadística, responda a las preguntas hechas con frecuencia por la ciudadanía.

Bajo esta tesitura, el Tribunal Electoral es una jurisdicción especializada para la cual la transparencia se convierte en el mejor aliado, pues el justiciable tendrá la certeza de que su resolución está apegada a Derecho y con particularidades de la materia que garantizan la legitimidad de un proceso; el problema que subyace es que el andamiaje legal no refleja la realidad del Poder Judicial.

Por ello, la idea como Magistrado del Tribunal Electoral del Estado de México consiste en evolucionar hacia un “sistema de justicia electoral abierta”, es decir coadyuvar a generar las condiciones materiales suficientes para atender las necesidades de los ciudadanos mexiquenses; en otras palabras, que el gobernado pueda tener a su alcance un sistema de vanguardia al consultar nuestra información, lo que desde luego implicará un avance destacable en materia de transparencia y rendición de cuentas para acercar a la ciudadanía a la labor del Tribunal.

CONCEPTO DE GOBERNANZA¹ Y GOBIERNO ABIERTO

La conceptualización de gobierno abierto se trata de crear condiciones de igualdad que permitan generar un proceso interactivo entre los entes públicos y la sociedad, a manera de analogía, nos situamos frente a una calle de doble sentido en la que los ciudadanos no juegan un papel estático frente a la información que la autoridad les proporciona, sino que puedan expresar sus opiniones o propuestas sobre políticas o proyectos gubernamentales, coparticipar en la producción de bienes o servicios públicos y/o intervenir activamente en el seguimiento, control y evaluación de la gestión estatal (Villoria, 2012).

El Gobierno abierto es una política pública que agrupa los conceptos de transparencia, participación y colaboración de los ciudadanos en las políticas públicas en donde la información y los datos gubernamentales juegan un rol esencial.

Bien podría afirmarse que un gobierno se considera *abierto* en la medida en que se enfoca en las necesidades de la ciudadanía e impulsa interacciones con los ciudadanos, agentes públicos, políticos, organismos públicos de los distintos poderes y niveles de gobierno, asociaciones de la sociedad civil y grupos de interés, entre otros. Por ello, es factible sostener que un gobierno abierto no se construye únicamente con transparencia y rendición de cuentas de los servidores públicos, sino que se necesita generar condiciones para que los ciudadanos sean proactivos en la conformación de las agendas de trabajo, de cara al bien común.

Desde esta perspectiva, el gobierno abierto afianza la democracia como ente que permite la participación de los interesados en deliberaciones políticas, sin que

¹ Gobernabilidad, gobernanza y la nueva gestión pública son conceptos emparentados o articulados en una misma problemática: la dirección de la sociedad. Aunque gobernabilidad para Aguilar (2007) es algo que por naturaleza tiene que ver con la forma de gobernar; la sociedad es vista como un objeto de administración, como el problema y no como parte en la solución de los problemas.

ellos sean parte necesaria de un cuerpo político específico. Solo ahora, con el avance tecnológico y la ampliación del internet, se ha podido iniciar esa interacción en una forma original y con costos asumibles para los Estados. El entablar este diálogo constante con sus ciudadanos no solo permite afianzar los flujos de comunicación con una y otra parte, también fomenta la transparencia al impulsar la información continua y al promover la rendición de cuentas ante la ciudadanía. Asimismo, permite la retroalimentación al implicar los ciudadanos en la administración; finalmente, fomenta la participación activa de los ciudadanos al involucrarlos en el proceso de diseño y ejecución de políticas públicas. Sin duda, la democracia ha avanzado en el mundo, y en América Latina se ha ido consolidando de manera procedimental, aunque todavía falta por afianzar una plena democracia ciudadana; el gobierno abierto viene a llenar esa carencia al entablar que las decisiones políticas queden condicionadas y determinadas, en parte, por la sociedad civil. En este sentido, la democracia supone de un ideal ideológico preciso, pero también supone la construcción de una ciudadanía integral, es decir, el pleno reconocimiento de la ciudadanía política, civil y social (Insulza, en Hofmann, Ramírez, Bojórquez, 2012, p. 10).

CONCEPTO DE GOBERNANZA²

Los modelos o sistemas sobre gobierno, parlamento o justicia adjetivados como *abiertos* parten de concepciones de gobernanza y la forma de ejercer el gobierno en el siglo XXI, en el que la sociedad debe tener una participación mayor en la toma de decisiones. El problema radica en que el poder de los jueces no puede someterse a una consulta, en cambio, sí pueden medirse sus resultados a través del estudio de la sentencia.

El punto de quiebre del concepto de gobernabilidad al de gobernanza se produjo cuando se empezó a constatar que los gobiernos fiscal y administrativamente fuertes de las sociedades industrializadas se mostraban débiles para resolver problemas, por lo que se descubre que los agentes privados y socialmente productivos son capaces de autorregularse y resolver sus problemas.

Por ende, el concepto de gobernanza se incardina en lo que se conoce como *Estado Gerencial*, reflejado en un documento titulado “Una nueva gestión pública para América Latina”. Entre los puntos esenciales de dicho documento, destacan:

- La administración pública debe ser transparente y sus administradores deben ser responsabilizados democráticamente ante la sociedad. Esto tiene que ser así porque la profesionalización de la burocracia no la hace totalmente inmune a la corrupción, fenómeno mundial que ha aumentado en demasía en América Latina.

² Gobernabilidad, gobernanza y la nueva gestión pública son conceptos emparentados o articulados en una misma problemática: la dirección de la sociedad. Aunque gobernabilidad para Aguilar Villanueva es algo que por naturaleza tiene que ver con la forma de gobernar; la sociedad es vista como un objeto de administración, como el problema y no como parte en la solución de los problemas.

³ Véase: Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (clad), disponible en: <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/una-nueva-gestion-publica-para-america-latina/view>

- Descentralizar la ejecución de los servicios públicos es una tarea esencial en el camino de la modernización gerencial del Estado latinoamericano.³

Construir un estado fuerte como para asegurar los derechos sociales y la competitividad del país en el escenario internacional.

El Estado continúa siendo un instrumento fundamental para el desarrollo económico, político y social de cualquier país; para ello, se torna fundamental el desarrollo de la capacidad catalizadora de los gobiernos en cuanto a atraer a la comunidad, las empresas o al tercer sector para compartir la responsabilidad en la ejecución de los servicios públicos.

El concepto de gobierno abierto, si se traspola a la *justicia abierta* como un nuevo modelo de gobernanza se basa en tres ejes principales: la rendición de cuentas, el derecho a la información y la participación ciudadana a través del uso de Tecnologías de la Información.

En esa tesitura, es de sumo interés que la elección de los representantes populares revista las características propias de los principios constitucionales que la informan, como la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad.

México, como parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), se ha comprometido en el proceso de analizar a la justicia como un servicio público basado en dos principios fundamentales, el primero, la economía de mercados y; el segundo, un Estado de Derecho. En tal circunstancia, el Tribunal Electoral debe cumplir con su parte e impulsar un Acuerdo entre los tres órganos cúpula del Poder Judicial: Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y Consejo de la Judicatura Federal para establecer una política pública en materia de transparencia.

Así, es menester tener en cuenta el siguiente marco conceptual aplicado de manera directa a la idea de Tribunal Abierto:

- Rendición de cuentas: tribunal Abierto, se debe enfocar a cómo se procesa el conflicto político en una instancia judicial, desde luego con reglas definidas jurisprudencialmente, y deben comunicarse a la sociedad de la mejor forma (aquí las redes sociales juegan un papel importante para lograr esa articulación). En efecto, la democracia, la transparencia y el garantismo son graduales.
- Transparencia: la transparencia y el acceso a la información son mecanismos institucionales que permiten a la ciudadanía obtener más información clara y precisa sobre la estructura y el funcionamiento del gobierno, en este caso de los Tribunales, para medir su eficacia y eficiencia y su apertura al escrutinio público (Guerrero, 2005).
- Derecho de acceso a la información: en este punto el tema radica en comunicación y vinculación con la sociedad civil organizada y los partidos políticos para generar confianza ciudadana y que ésta sea partícipe de los beneficios de la democracia.

Debemos señalar que la transparencia no es solo una obligación legal, antes que esto es una demanda social, un avance democrático y un compromiso que forma parte del pacto social; un pacto social que está por encima de la ley, que le da forma y que avanza y evoluciona muy por delante de ella.

Es por ello que las políticas públicas en esta materia han de ser innovadoras, integradoras y tener una visión más allá del horizonte jurídico.

En una doble vertiente, un sistema de impartición de justicia transparente no solo es un sistema que sujeta a los jueces al escrutinio público, a través de la rendición de cuentas, sino que, al mismo tiempo, proporciona a la ciudadanía la posibilidad de un conocimiento cierto y un acercamiento real a la labor de impartir justicia.

La transparencia es, por tanto, una garantía de la garantía judicial en su vertiente de rendición de cuentas; es la voluntad de aceptar la responsabilidad respecto de los actos propios, en especial sobre erogación de recursos; en tanto que, en su vertiente informativa, es una “vitrina” de los quehaceres que guardan interés público en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

Si bien los jueces deben gozar de cierta inmunidad o protección, con el objeto de garantizar su independencia, ello encuentra un límite en la posibilidad de escrutinio que se abre con la transparencia, evitando que las prerrogativas de los juzgadores, cualesquiera que sean, se conviertan en privilegios o vías libres para la discrecionalidad o el abuso de poder, entorpeciendo así los principios de la buena administración de justicia.

La transparencia como contrapeso a la corrupción. La Declaración de Santiago sobre Transparencia e Integridad en los Parlamentos y Partidos Políticos (2012)², señala que la transparencia es una forma de lucha contra la corrupción, pues empodera a los ciudadanos para que la función parlamentaria sea más eficaz y responsable. Dicha idea es igualmente extensible al ámbito de las instituciones jurisdiccionales del Estado, pues la impartición de justicia es uno de los pilares para conseguir la plena y efectiva tutela de los derechos humanos, incluido el derecho de acceso a la información y ésta una forma de control social sobre la justicia.

EL GOBIERNO ABIERTO EN EL SIGLO XXI

ANTECEDENTES Y CONCEPTO DE GOBIERNO ABIERTO

La noción de un Gobierno Abierto no es nueva, durante las últimas décadas del siglo pasado este concepto tenía una connotación más limitada que en la actualidad, pues hacía alusión al acceso y libertad de información, generalmente asociada a la publicidad de las actividades gubernamentales. No obstante, Manuel Castells (2006) menciona que algunos factores como el incremento exponencial de la penetración de Internet o la masificación de las tecnologías digitales ocurrida en los últimos años propiciaron que el concepto se redimensionara, pues nuestras democracias hoy cuentan con mayores herramientas y recursos para incrementar los niveles de transparencia y rendición de cuentas, promover la participación ciudadana y la colaboración entre las distintas dependencias públicas, organizaciones de la sociedad civil y el sector privado.

Fue el presidente de los Estados Unidos de América, Barak Obama, quien a través de un Memorando sobre Transparencia y Gobierno Abierto promulgado en 2009 redefinió dicho concepto, mismo que ha evolucionado recientemente y que, de acuerdo con de Villoria (2012) es un paraguas conceptual que aprovecha de forma peculiar y novedosa los valores propios de la democracia. Es un concepto que en los últimos años ha adquirido una relevancia notoria a nivel mundial, al grado de convertirse en una tendencia innovadora y ambiciosa que, sin lugar a dudas, constituye una insignia importante para las instituciones públicas contemporáneas.

Se trata de crear condiciones de igualdad que permitan generar un proceso interactivo entre los entes públicos y la sociedad, a manera de analogía; es decir, nos situamos frente a una calle de doble sentido en la que los ciudadanos no juegan un papel estático frente a la información que la autoridad les proporciona, sino que puedan expresar sus opiniones o propuestas sobre políticas o proyectos gubernamentales, coparticipar en la producción de bienes o servicios públicos y/o intervenir activamente en el seguimiento, control y evaluación de la gestión estatal.

El gobierno abierto debe entenderse como un modelo que responda con mayor rapidez a los grandes cambios económicos y sociales contemporáneos, se trata de cambiar incentivos institucionales, de transformar reglas burocráticas, así como adoptar estrategias y técnicas de gestión adecuadas. Respecto del Poder Judicial y del Tribunal Electoral es necesario impulsar lo siguiente:

- Un gobierno promotor del bienestar a través de la capacidad regulatoria.
- Un gobierno transparente que rinde cuentas.
- Un gobierno participativo promotor del civismo.
- Un gobierno eficiente, colaborador y generador de conocimiento (Villoria, falta año).

EL PARADIGMA DE LA JUSTICIA ABIERTA

Si parafraseamos a Kuhn (1962), en *La estructura de las Revoluciones Científicas*, define al paradigma como un conjunto de valores y saberes compartidos colectivamente, es decir, usados, implícita o explícitamente por una comunidad; lo cual aplicado al término *justicia abierta o tribunal abierto*, debería hacer un énfasis en los consensos generados por el foro judicial para rendir cuentas a la sociedad de su quehacer institucional.

A partir de septiembre de 2011, México forma parte de la iniciativa multilateral “Alianza para el gobierno abierto”, cuya finalidad es fortalecer la comunicación horizontal entre instituciones y ciudadanía a través de herramientas tecnológicas que permitan facilitar esta relación para crear gobiernos más sólidos y democráticos.

En ese sentido, ser un Tribunal Abierto significa documentar y poner a disposición del ciudadano todo acto que derive del ejercicio de las facultades de conformidad con el principio de máxima publicidad conferido por el artículo 6, apartado A, fracción I de la CPEUM.

La discusión en el seno del Tribunal Electoral se centra en significar las acciones de transparencia proactiva que señala la fracción XII del artículo 24 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información, esto es, la realización de acciones que son necesarias para la rendición de cuentas.

Una vez establecido el marco constitucional y doctrinal del gobierno abierto, es necesario dilucidar el significado de lo que se denomina como *paradigma o modelo de la justicia abierta en el cual se incardina el Tribunal*; una primera orientación la señala la Ley General, al establecer que el gobierno abierto⁴ tiene una connotación

⁴ Nótese que la propia ley es omisa en denominar “*justicia abierta*” a las acciones del Poder Judicial de la Federación.

de la apertura y enfocada a mecanismos de colaboración o participación ciudadana, dicho esquema tiene que modularse o adaptarse para que se pueda aplicar a los órganos impartidores de justicia, en concreto a la jurisdicción electoral.

ACCIONES DE JUSTICIA ABIERTA DEL TRIBUNAL ELECTORAL

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación cuenta con las siguientes herramientas a manera de Tribunal abierto:

- Se debe señalar que, de conformidad al postulado de justicia pronta, el Tribunal cumple en breves tiempos con las demandas que se presentan a su potestad.
- En relación a la actividad jurisdiccional de este Tribunal, la página oficial y el Portal de Obligaciones de Transparencia (POT).
- El Tribunal cuenta con aplicaciones tecnológicas: IUS ELECTORAL y Tribunal Abierto.
- Respecto de las actividades administrativas, este Tribunal cuenta con Portal de Transparencia alojado en la dirección: <http://portales.te.gob.mx/ptransparencia/>
- Indicadores de desempeño judicial: se pueden observar gráficas y una explotación de datos por año, ponencia, medio de impugnación y tiempo de resolución de cada uno de los asuntos que se presentan al Tribunal Electoral.
- Foros de discusión especializados: el Tribunal organiza y es parte de múltiples foros académicos y de comunicación social en los que se impulsa la apertura hacia el estudio de sentencias.
- Acervos bibliográficos: se cuenta con un acervo amplio de obras jurídicas, de ciencia política e históricas para el desarrollo de las actividades internas y externas.
- Sesiones públicas jurisdiccionales y administrativas: siempre han sido abiertas al público, transmitidas por internet y por canal judicial.
- Transversalidad: es importante que las referidas acciones sean transversales al Poder Judicial y también a las instituciones electorales.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2014 Y SU LEGISLACIÓN SECUNDARIA

En 1977 por primera vez se incorporó en el texto constitucional la reforma al artículo 6 en el que se incluyó el derecho a la información, cuya evolución fue generada a partir de la investigación del caso Aguas Blancas en Guerrero.

En 2002, cuando se promulgó la primera Ley de Transparencia, este Poder realizó ejercicios de explotación o minería de datos, así como desarrollos administrativos y tecnológicos que hicieron funcional el modelo, atendiendo a la celeridad de los procesos y su especialización, sin embargo, faltó focalizar y orientar la reforma a la naturaleza constitucional de cada órgano, de esta manera debió orientarse para su mayor eficacia al sector electoral (partidos políticos, autoridades administrativas y jurisdiccionales, como un todo). Y en 2007 se adicionan las siguientes fracciones:

- II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos.

En 2009 se adicionó un segundo párrafo al artículo 16 Constitucional:

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

Sin entrar mucho en la inclusión de este texto en un numeral diferente al establecido en el 6 de la propia Norma Suprema, bastaría decir que se enfocaba a la vulneración de la vida privada de las personas por el Estado en la investigación o persecución de algún delito; empero, este aspecto del individuo no solo puede verse afectado por el gobierno, si se quiere decir así, sino también por otros particulares para fines lícitos o no.

Como vemos, de la mano del derecho a la información va la protección de datos, y en el que nos interesa, de las personas que pudieran obrar en poder del Estado. También existe, como lo señalé, en posesión de particulares, pero ese es otro tema para analizar.

En 2014 el Poder Constituyente realizó una reforma más al artículo constitucional que nos ocupa, para quedar en los siguientes términos:

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, la ley determinará los supuestos específicos bajo los cuales procederá la declaración de inexistencia de la información.

(...)

VIII. La Federación contará con un organismo autónomo, especializado, imparcial, colegiado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía técnica, de gestión, capacidad para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto y determinar su organización interna, responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados en los términos que establezca la ley.

(...)

El organismo garante tiene competencia para conocer de los asuntos relacionados con el acceso a la información pública y la protección de datos personales de cualquier autoridad, entidad, órgano u organismo que

forme parte de alguno de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicatos que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal; con excepción de aquellos asuntos jurisdiccionales que correspondan a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuyo caso resolverá un comité integrado por tres ministros. También conocerá de los recursos que interpongan los particulares respecto de las resoluciones de los organismos autónomos especializados de los estados y el Distrito Federal que determinen la reserva, confidencialidad, inexistencia o negativa de la información, en los términos que establezca la ley”.

Como apreciamos, se otorga relevancia a la transparencia y al acceso a la información, pero también se reconoce la necesidad de establecer excepciones a su consulta, como ya antes había sido interpretado por la SCJN, aunque aquí se impone mayor relevancia a los datos de las personas, camino que no estaba del todo desarrollado en los aspectos legislativos de la apertura de la información a los interesados en ella.

Al respecto, los Tribunales y en general los poderes judiciales establecieron una serie de indicadores de gestión para medir el desempeño jurisdiccional, los cuales permiten obtener lo siguiente:

- Recopilación de datos relevantes para la función.
- Rendir cuentas a la sociedad de cómo se trabaja.
- Evaluar resultados.
- Contribuir a las políticas públicas.
- Comunicar los logros y resultados.
- Ser un Tribunal Abierto al escrutinio público.
- Efectuar políticas judiciales y contribuir a la política pública.

Lo anterior, tiene su génesis en lo que se conoce como el Análisis Económico del Derecho, en el cual existe eficiencia cuando ambas partes obtienen un resultado, en tal caso, sería que tanto el usuario del servicio de la justicia como el juzgador *in genere* obtengan resultados óptimos, además de contribuir a reducir los costos de transacción, es decir, que genere certidumbre jurídica y que posibilite el acuerdo entre las partes (Fix, 1995, p. 23-24). En el caso del Tribunal Electoral para que se articule como tribunal abierto debe ser más rígido en función de que legitima a las autoridades locales y federales con sus fallos constitucionales.

Para lograr justicia y confianza pública en ella, es necesario contar con poderes judiciales independientes, accesibles a todos los ciudadanos y eficientes en su organización, que aseguren la aplicación de la ley orientada por los principios constitucionales y cuya labor pueda ser conocida y valorada por la sociedad.

LA FALTA DE ESPECIALIZACIÓN DE LA REFORMA Y TIPOLOGÍAS E INDICADORES DE GESTIÓN

Cada órgano de gobierno del Poder Judicial debe determinar qué le interesa medir para dar cuenta de ello a la sociedad y por tanto evaluado desde una óptica acorde a su función constitucional, no de manera genérica como se realiza hoy (Cobos, 2007, p. 77). El derecho comparado dispone de los siguientes indicadores de gestión:

- El criterio de productividad es el de mayor relevancia en el ámbito internacional y se refiere a los siguientes tipos: asuntos resueltos por el juez, asuntos resueltos por el juez ponderados por complejidad, sentencias dictadas por el juez, sentencias dictadas por el juez y ponderadas por complejidad y asuntos resueltos por el secretario del órgano o equivalente (Santos, 2007, p. 12).
- El criterio de litigiosidad y carga de trabajo mide el tipo de asuntos pendientes por resolver.
- El indicador de calidad se basa de manera fundamental en el índice de revocabilidad, esto es, comparar el número de resoluciones de segunda instancia que confirman las sentencias de un juez determinado con el número de sentencias que le son modificadas.

Es necesario encontrar parámetros que permitan verificar bajo instrumentos objetivos la calidad en las sentencias, entre los que se encuentran:

- a) Fundamentación y motivación adecuada.
 - b) Exhaustividad en la resolución.
 - c) Complejidad por la jerga o lenguaje utilizado por los juzgadores (Santos, 2007, p. 27).
- El criterio de rendición de cuentas, en el caso del Tribunal Electoral, tendría que medirse la actividad de las Salas Regionales y de la Superior de manera diferenciada, con datos duros que arrojen las visitas judiciales.

El órgano garante, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), debe entender la naturaleza y la complejidad del Tribunal Electoral, los niveles de exigencia, tiempos de respuesta, volúmenes de información, sensibilidad de la misma e impacto de las resoluciones son diferentes, todo ello frente a un panorama de un Tribunal que juzga actores políticos conforme a las reglas que ellos mismos se han otorgado.

Ahora bien, en términos de los lineamientos expedidos por el Sistema Nacional de Transparencia existen dos herramientas fundamentales que auxilian al ciudadano en sus solicitudes de información: la Plataforma Nacional de Transparencia⁵ (PNT) y la Herramienta de Comunicación (HCOM); la primera sirve para presentar solicitudes, sustanciar recursos y gestión de información; la segunda, básicamente, se utiliza entre el sujeto obligado y el INAI para el trámite y resolución de los recursos de revisión (inconformidades por las respuestas otorgadas).

El problema práctico que puede llegar a presentarse es el relativo a los tiempos de respuesta, atento al alto índice de litigiosidad de los procesos electorales a pesar

⁵ Véase: plataformanacionaldetransparencia.org.mx

de que el marco jurídico actual comprende un plazo de veinte días hábiles para contestar, susceptible de ampliarse por diez más previo acuerdo de Comité.

DIAGNÓSTICO DE LA JUSTICIA FEDERAL EN MÉXICO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA

La reforma constitucional y legal de 2014 y 2015 trajo consigo que al Poder Judicial de la Federación se le considerara como un ente obligado a cumplir obligaciones comunes y específicas de transparencia.

La SCJN quedó exenta de someterse a la potestad del INAI en términos de información jurisdiccional, según el propio texto del artículo 6 de la Constitución, no así el Consejo de la Judicatura Federal y los órganos jurisdiccionales que administra y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Por su puesto que bajo el paradigma de gobierno abierto debe celebrarse que estos ejercicios emigren hacia los otros poderes del Estado; sin embargo, debe ser gradual y especializado, de modo que, se propone enfocar la tarea sustancial de la transparencia y la rendición de cuentas en tres cuestiones:

1. La articulación de insumos que generen un modelo de sentencia: con mínimos indispensables para que resista la crítica académica y social, así como logre el convencimiento de las partes.
2. La carrera judicial del Tribunal Electoral: hay una división que persiste con los demás órganos jurisdicciones del poder judicial, toda vez que se orienta al sistema dual para la designación de Magistrados, con la participación de la SCJN y el Senado de la República.
3. La construcción de indicadores de gestión mayormente desagregados que permitan realizar proyecciones estadísticas para mejorar su función. De sumo interés será certificar los procesos que se han trabajado anteriormente y que revisten importancia para este Tribunal: Oficialía de Partes, Secretaría General de Acuerdos, procesos administrativos en las ponencias, digitalización de archivos, procedimientos académicos en el Centro de Capacitación Judicial Electoral.

Actualmente, el sistema de medición y rendición de cuentas es ajeno al Poder Judicial. Sin embargo, hay campos de oportunidad para diseñar una política propia del poder judicial, al respecto:

- Diseño de un Comité de Transparencia proactivo que potencie las acciones de transparencia y protección de datos en este órgano jurisdiccional.
- La reglamentación de procedimientos que permitan un eficaz desarrollo de la transparencia y la rendición de cuentas.
- Desarrollo de acciones de transparencia proactiva: foros temáticos y observatorios judiciales; traducción a lenguas indígenas de manuales y leyes electorales y uso del canal judicial de manera permanente.
- Trabajar de manera transversal con la SCJN y el Consejo de la Judicatura Federal para analizar de manera constante los portales de internet y facilitar al ciudadano la consulta.

- Compartir el material e insumos del Consejo de la Judicatura Federal y del Tribunal Electoral para realizar un mejor trabajo.

LA ARTICULACIÓN DE UN MODELO ESTÁNDAR DE SENTENCIA

Los cuestionamientos que pueden hacerse sobre las decisiones judiciales, certeros, equivocados o tendenciosamente distorsionados, provocan en los jueces frustración por no poder entrar en polémica respecto a su actuación, pues para rebatir cualquier suspicacia o sutileza deformadora tendrían la necesidad de defender el fondo de la resolución. En este sentido, los operadores de la judicatura pueden anotar y acotar los comentarios (no hay duda que están preparados para producir una respuesta puntual, documentada y con suficiente respaldo legal, doctrinario y jurisprudencial). Sin embargo, mientras ostenten su condición de juzgadores deberán observar paradigmas sobre los que se ha escrito: "...a pesar que en algunas ocasiones se ha pretendido desacreditar los fallos cuando no responden a las cargas emocionales o a las convicciones o a los intereses de los litigantes, la Corte debe sostener su ecuanimidad, aceptando una regla no escrita, y probablemente desventajosa, de que los jueces no polemizan respecto de sus resoluciones".⁶

Con base en lo anterior, se advierte que los jueces de lo constitucional deben ser moralmente fuertes para cumplir, afrontando cualquier riesgo, su función primordial de defensa del orden constitucional y domeñar sus tentaciones que los impulsen al activismo judicial. De los diferentes sistemas de control, el adoptado por la Constitución implica que las controversias políticas que se someten a su juicio deben resolverse jurídicamente, aun cuando la ambigüedad y generalidad de los textos concedan un apreciable margen de valoración.

LA CONSTRUCCIÓN DE UN TRIBUNAL ELECTORAL ABIERTO

INDICADORES DE DESEMPEÑO JUDICIAL

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación trabaja con una matriz de indicadores, de conformidad con la manera en que los factores externos están incidiendo en la economía y en la forma de hacer política en el país, en este sentido, se deben reestructurar algunos temas, certificar lo que está bien hecho y expandir los horizontes de la política judicial, para ello parecen importantes los siguientes factores aún sin explorar:

- Procedimientos disciplinarios: quién y bajo qué procedimiento se ha sancionado.
- Resultado de las visitas judiciales en las Salas Regionales.
- Minería de datos: partidos políticos con mayor índice de impugnación y bajo qué tipo de medio.

⁶ Véase: INFO CC: Corte Constitucionalidad (2012), disponible en: <http://studylib.es/doc/5443116/motivaci%C3%B3n-judicial--corte-de-constitucionalidad>

- De los observatorios judiciales y concursos de sentencias. Cuántas son tomadas como referencias para iniciativas de ley o reformas.
- Mejora y homogenización de la página de internet del Tribunal.
- Explorar los modelos de capacitación virtual y a distancia, así como cursos especializados para cada ponencia.
- No circunscribir la sentencia judicial a un modelo único, pero sí inscribir en ella métodos y técnicas para un mejor entendimiento de la materia electoral.

La transparencia debe formar parte de la cultura institucional del Tribunal, así como la protección de datos personales de los ciudadanos que peticionan justicia electoral; en este sentido el Tribunal enfrenta la labor de transitar al paradigma de la justicia abierta adecuado a las necesidades de información de los solicitantes, pero lo primero que tiene que generarse es confianza ciudadana; Caballero Juárez (2009, p. 1), del Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE), plantea una de las preguntas fundamentales al aducir: ¿Qué elementos podemos emplear para conocer si un poder judicial realiza su trabajo en forma adecuada? ¿Cómo podemos tener confianza en un poder judicial? De ahí que se infiera que como un primer acercamiento para focalizar la transparencia judicial y rendición de cuentas específica un Tribunal Abierto debe observar los siguientes controles como mínimo (Caballero, 2009, p. 6):

Cuadro 1

<i>Control</i>	<i>Mecanismos</i>
Intra institucionales	Informes de actividades, publicidad de sus procedimientos, visitaduría, supervisión, estímulos a la capacitación, procedimiento disciplinario y sistemas contables auditados.
Como poder del Estado	Cuenta pública y manejo de recursos; en su caso, juicio político.
Frente a la sociedad	Quejas y denuncias, acceso a la información y difusión.

Fuente: Caballero (2009).

Para el caso del Tribunal Electoral estas preguntas se han intentado responder creando herramientas tecnológicas que faciliten la relación horizontal con la ciudadanía y permitan una mejor comunicación, sin embargo, el Tribunal enfrenta los siguientes retos para convertirse en un Tribunal abierto:

- Acercar las Instancias Jurisdiccionales a la ciudadanía a través de la tecnología y con contenidos que permitan informar adecuadamente sobre el quehacer institucional.
- Es importante articular la política judicial de rendición de cuentas al interior de los Tribunales, junto con los órganos que integran el sistema electoral mexicano para que la ciudadanía entienda el quehacer jurisdiccional.

De ahí que la Carta Democrática Interamericana, adoptada por la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 2001, identifique a la transparencia de las actividades gubernamentales entre los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia.

Con respecto al principio de máxima publicidad, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos destaca también que para garantizar el principio de máxima divulgación es necesario reconocer que la información de interés público le pertenece por derecho a las personas y, por ende, el acceso a ella no se debe a la gracia o favor del gobierno.

Con la reforma constitucional de 2014 a los artículos 6 y 16 inició una transición al modelo en materia de transparencia, protección de datos personales y rendición de cuentas, con ella se pretenden articular los sistemas nacionales de transparencia y anticorrupción.

En el marco de dicha reforma, El Tribunal Electoral tiene como reto principal modular la actividad sustantiva bajo estándares de organización modernos y de medición del desempeño judicial por medio de indicadores de gestión debidamente probados en los poderes judiciales, es decir, en metodologías que permitan objetivamente rendir cuentas a una sociedad civil pendiente de sus jueces, así como en un modelo de sentencia judicial asequible al justiciable.

Ahora bien, a nivel doctrinal y administrativo se ha dicho poco sobre los conceptos de justicia y tribunal abierto, por lo que las instituciones de justicia deben consensuar términos y alcances, atendiendo a su especificidad características especiales y función dentro de la judicatura federal mexicana, sin embargo, los esfuerzos que se han presentado al interior del Poder Judicial de la Federación son evidentemente derivaciones del *gobierno abierto*. Al respecto, sugieren las siguientes líneas de acción:

- Vinculación con instituciones de educación.
- Divulgar mediante tecnologías a distancia propuestas académicas a partidos, autoridades administrativas locales y Universidades.
- Mayor difusión por medios de comunicación, mensajes claros, sencillos y divulgar la tarea sustantiva: el Tribunal ha tenido altas en resolución de asuntos.
- Explotar el uso de redes sociales para públicos segmentados: jóvenes y universitarios.
- Regionalización sobre los foros de discusión y criterios jurisdiccionales relevantes, con publicaciones diseñadas para público experto y no experto.
- Construir, diseñar, articular y repensar en un modelo de sentencia jurisdiccional, pues se tienen distintos modelos que son contradictorios.
- Revisar las líneas jurisprudenciales vigentes, sistematizarlas y generar un buscador de sentencia más amigable que el IUS Electoral.
- En transparencia proactiva, traducir compendios y textos a lenguas indígenas.
- Debido tratamiento para el archivo que permita transitar a repositorios digitales que estén a disposición de los ciudadanos que deseen consultarlos.
- Reforma integral del Reglamento Interior sobre transparencia y protección de datos personales.
- Realizar estudios sobre el sufragio de personas que están en prisión.
- Actividad administrativa responsable: el tribunal debe dar ejemplo de una administración responsable en el ejercicio del gasto, particularmente en las comisiones y viáticos de los servidores públicos; informar de manera clara qué se obtiene cada comisión y qué beneficio se logra; y realizar auditorías ciudadanas y procedimientos de adquisiciones con testigos sociales.

Existe en la interpretación constitucional un tema de alto llamado: la posible existencia de un conflicto competencial entre el INAI y los órganos jurisdiccionales, particularmente, con el Tribunal Electoral, toda vez que si un partido político incumple con obligaciones en materia de transparencia, la autoridad responsable, en términos de ley, es el INAI, pero esto puede generar una violación a los derechos político-electorales, los cuales son jurisdicción del Tribunal Electoral (Jurisprudencia 47/2013).

LA JUSTICIA ABIERTA EN EL DERECHO COMPARADO

En el ámbito del derecho comparado, Jiménez Gómez plantea algunas preguntas que han guiado las hipótesis en la investigación: “Justicia Abierta: transparencia y proximidad de la justicia en el actual contexto de *Open Government*”.⁷ La investigación se desarrolla especialmente en el *Common Law* y el derecho comparado y se orienta a establecer el anclaje de procesos con la filosofía del *Open Government* y sus principios (participación, colaboración y transparencia) dentro de un nuevo concepto de Administración de Justicia. El documento establece una importante relación de las iniciativas con la innovación y colaboración público-privada en el ámbito de la justicia. Dentro de las conclusiones alcanzadas, incluimos aquí los siguientes epígrafes:

- Apertura como motor de acceso y modernización de la justicia.
- Gestión del cambio y Principios del Derecho.
- Innovación y colaboración en la justicia: también Triple Hélix.
- Transparencia y accountability: datos abiertos.
- Acceso, participación y proximidad de la justicia.
- Reforma educativa y capacitación, para regeneración del modelo.

ESTUDIO COMPARADO

- España: el Consejo General del Poder Judicial ejerce funciones de gobierno del Poder Judicial con la finalidad de garantizar la independencia de los jueces en el ejercicio de la función judicial frente a todos, en ningún momento alude al tema de justicia abierta, sino que se concreta a tener en su sitio web la página de transparencia.
- Argentina: el Consejo de la Magistratura es un órgano permanente del Poder Judicial de la Nación; existe un apartado como de Transparencia, en el que se da cuenta de las Resoluciones del Consejo, las Actas del Pleno, Presupuesto, licitaciones, plan de compras y los expedientes en trámite Co-

⁷ Véase: http://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/justicia_oberta_recercas_jimenez_spa.pdf

misión de Disciplina y de Acusación. Complementa este rubro, el Sistema Argentino de Información Jurídica.

- Colombia: en la Corte Constitucional encontramos elementos de transparencia enfocados a la publicación de sus sentencias, incluso tienen un *abstract* de sus *main decisions* en inglés para la búsqueda de información especializada.

CONSOLIDACIÓN DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

La primera y más importante acepción del verbo *consolidar*, (*del latín consolidare*) según el *Diccionario de la Lengua Española* (2009) es “dar firmeza y solidez a algo.

El nuevo juego democrático y de justicia electoral se caracteriza por el hecho de que todos los partidos políticos tienen idéntica probabilidad de ganar o perder una controversia en términos de igualdad de derechos frente al poder público. Así, la impartición de justicia vuelve a probar su carácter imparcial. Este juego es el que garantiza precisamente la credibilidad que requiere el Tribunal Electoral como condición para mantener su jerarquía y autoridad en los procesos electorales.

Además del efecto general por el esquema vigente de justicia electoral en la estrategia política de los partidos, despierta también un conjunto de debates sobre los alcances que tiene la competencia del Tribunal Electoral frente a tres ámbitos de decisión y organización en el Estado mexicano:

1. Los alcances frente a las soberanías de los Estados en el ámbito del Pacto Federal.
2. Los alcances frente a decisiones administrativas de otros poderes, es decir de órganos administrativos del Ejecutivo Federal o de los Congresos a nivel Federal o Estatal.
3. Los alcances respecto de las decisiones internas de los partidos políticos.

Ante los acontecimientos vividos de manera reciente, el futuro del Tribunal Electoral oscilaría entre dos escenarios: en el primero tendería a mantenerse la situación actual, en la que el Tribunal Electoral, a pesar de la competitividad institucional que tiene que enfrentar con esferas de otros poderes y soberanías, logra sostener sus resoluciones, a la vez de que contribuye a tejer condiciones de estabilidad y de hábito para que los actores políticos continúen otorgando preferencia a este espacio en la resolución de controversias.

Sin embargo, no es descartable la presencia paulatina de un segundo escenario en el que las atribuciones actuales del Tribunal Electoral sean desarticuladas y circunscritas frente a las soberanías estatales, a ciertas autoridades administrativas, y excluidas de la órbita de los partidos políticos. En este último caso, se perdería un referente importante de última instancia en la resolución de controversias y se tendría entonces una multiplicidad de esferas de conflicto que podrían favorecer la inestabilidad y el dominio de élites partidistas por encima de derechos políticos ciudadanos.

En síntesis, es factible que el país pueda sufrir un fenómeno en el cual el atractivo político de la democracia sea que cada uno pueda hacer lo que le agrade.¹⁴ Co-

rrales, Javier. Democracias y cambio económico en América Latina. Foreign Affairs, verano, 2001.

En conclusión, resulta necesario revalorar el papel actual del Tribunal Electoral y consolidar con claridad el espíritu constitucional de 1996 que sentó las bases para que tuviera alcances de constitucionalidad, de decisión en el ámbito local sustentado en el Pacto Federal y de defensa de los derechos político-electorales de los ciudadanos por encima de los intereses partidistas.

Con base en el anterior análisis descrito, podemos determinar que en materia de impartición de justicia electoral en el Estado de México, nos encontramos en vías de transitar hacia un modelo de tribunal abierto, por ello consideramos que es necesario incluir el siguiente apartado.

RETOS Y PERSPECTIVAS

- Transitar hacia un modelo de tribunal abierto implica algo más que una serie de buenos propósitos, supone la concurrencia de factores institucionales, normativos, personales y culturales que den sentido y efectividad al propio modelo.
- En el ámbito judicial la noción de transparencia se vincula no solo a cuestiones normativas y procedimentales, sino también a cuestiones vinculada con la ética y la argumentación en un vínculo que estimo necesario y evidente.
- Es necesario impulsar la transparencia, ya que con ello se aspira a vivir en una democracia material y no solo formal, pues exige de quienes operamos como agentes del derecho y de la justicia un comportamiento ejemplar en el desempeño de su función; al mismo tiempo demanda claridad y corrección en las razones de sus decisiones y, por supuesto, un pleno ejercicio de rendición de cuentas y transparencia como mecanismos de control social, lucha contra la corrupción y ejercicio debido de la función pública.
- Es evidente dicho vínculo, pues existen códigos y directivas nacionales e internacionales que así lo manifiestan y porque asumimos el reto y la responsabilidad de actuar sobre la base de esos principios, entre muchos otros, en beneficio del Estado de derecho, su legitimidad institucional y la expectativa ciudadana en la justicia y la verdad.
- En todo caso, el reto consiste en lograr un adecuado balance entre las facultades de la autoridad electoral y la legislación que la regule, con relación al grado de autonomía de las propias organizaciones partidistas y el acervo de los derechos de su militancia.
- Es obvio que el tema resulta complejo, sobre todo a la luz de una renovada democracia participativa y del ampliado acervo de derechos político-electorales del ciudadano, pero también es de tener en cuenta la necesidad de consolidar el sistema de partidos En lo correspondiente a la autoridad jurisdiccional depositada en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, además de lo ya planteado con relación al grado de autonomía en la vida interna de los partidos políticos, subsiste también la preocupación sobre la clara delimitación de atribuciones que en materia de control constitucional corresponde a la SCJN y al propio Tribunal.
- En este sentido, frente a la laguna evidenciada por la reciente resolución de la SCJN en una contradicción de tesis que reclama y reserva para el máximo

Tribunal el monopolio del control directo de la constitucionalidad y ubica al TEPJF solo como tribunal de legalidad, es menester que el Poder Legislativo considere en el ya anticipado proceso de reformas, la solución de ese diferendo, especialmente en beneficio de la impartición de justicia pronta y expedita para los ciudadanos y los partidos políticos.

- Sabemos que, como en toda democracia participativa y en un sistema político sano y competitivo, no existen instituciones perfectas ni infalibles; por el contrario, en los diversos procesos y situaciones políticas se dan claroscuros y controversias que, en uno u otro momento, agraven o complazcan a las partes involucradas. Con todo, serán siempre preferibles árbitros humanos y falibles que dictadores perfectos.

CONCLUSIONES

- El paradigma del Tribunal Abierto implica un compromiso fundamental con la transparencia pro activa, bajo la cual se puede emprender una serie de acciones que consoliden al Tribunal Electoral como un órgano abierto, sujeto al escrutinio público y con altos estándares en la resolución de conflictos.
- El Tribunal abierto dota de certeza a los operadores jurídicos del sistema político porque se da cabal cuenta de sus actuaciones.
- Si el proceso electoral produce legitimidad, las decisiones judiciales de la última instancia electoral del sistema constitucional mexicano requieren de transparencia y rendición de cuentas: una explicación clara y concisa de la resolución.
- Las actuaciones judiciales tienen en sí mismas un peso específico en acervos fehacientemente ciertos y con un profundo contenido.
- El Tribunal Electoral en su faceta de Tribunal Abierto comenzó desde sus inicios, pues se tenía la alta encomienda de transparentar bajo reglas muy claras las decisiones políticas de los ciudadanos; los indicadores de gestión ofrecen muestra de ello.
- Existen retos importantes, entre ellos, acercar el Tribunal a la ciudadanía a través de la tecnología y con contenidos que permitan informar adecuadamente del quehacer institucional.
- Un Tribunal Electoral Abierto se caracteriza por la rendición de cuentas de sus actividades sustantivas (jurisdiccionales y administrativas) no solo por el uso de tecnologías, estas últimas coadyuvan, pero es más importante articular la política judicial de rendición de cuentas al interior del Poder Judicial de la Federación y con los órganos que integran el sistema electoral mexicano.
- El gobierno abierto constituye una vía atractiva para que las instituciones públicas en lo general, y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en particular, continúe transitando en el camino del diálogo con la ciudadanía, impulsando un rol activo de la sociedad civil para seguir generando contenidos útiles y mejorando el diálogo entre las instituciones públicas y la ciudadanía.
- Es necesario proporcionar a las autoridades electorales las herramientas necesarias para que cumplan con sus tareas democráticas: independencia y autonomía; potestad reglamentaria de los órganos constitucionales autónomos

para suplir lagunas legislativas; procesos adecuados de renovación de dichos órganos y el perfil de sus integrantes.

- Las instituciones electorales deben iniciar una reflexión para establecer medios de protección contra los poderes fácticos.
- Para que las instituciones electorales en México tengan una funcionalidad efectiva se debe insistir en el fortalecimiento de principios como: independencia y autonomía, así como herramientas relativas a la potestad reglamentaria, procesos adecuados de renovación y un perfil idóneo de sus integrantes.
- Es grave la forma en que las autoridades políticas han perdido su capacidad material y legal para imponer el estado de derecho y que existen grupos criminales con poder suficiente para influir, imponer e incluso eliminar a quienes pretenden acceder a ocupar los cargos públicos.

REFERENCIAS

1. Aguilar Villanueva, Luis F. (2007). *Gobernanza y gestión pública*. México: Fondo de Cultura Económica.
2. Caballero Juárez, José Antonio (2009). La estructura de la rendición de cuentas en México: Los poderes judiciales. *Cuaderno de Trabajo*, (41), pp. 1.
3. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) (1998). *Una Nueva Gestión Pública para América Latina*, disponible en: <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/una-nueva-gestion-publica-para-america-latina/view>, consultado el 7 de marzo de 2017.
4. Cobos Sepúlveda, Carlos de los, et al. (2007). Los indicadores de desempeño como mecanismo para lograr la legitimidad del Poder Judicial en el Estado Constitucional. En Cienfuegos Salgado, David y Vázquez Mellado García, Julio César (coord.). *Judicatura e Impartición de Justicia en México*. México: Porrúa.
5. Fix Fierro, Héctor (1995). *Cuadernos para la Reforma de la Justicia*. México: UNAM.
6. Guerrero, Eduardo (2015). Transparencia y seguridad nacional. *Cuadernos de transparencia*, (18), disponible en: <http://inicio.ifai.org.mx/Publicaciones/Cuadernillo%2018%20B.pdf>, consultado el 13 de febrero de 2017.
7. Hamilton Alexander, Madison James, Jay John (1974), *el Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica.
8. Hoffman, Andrés, Ramírez Alujas, Alvaro y Bojórquez Pereznieta, José Antonio (coords.) (2012). *La promesa del Gobierno Abierto*. José Miguel Insulza [prólogo]. México: itaip, indodf.

9. Kuhn, Tomás (1962). *La estructura de las revoluciones científicas*, 2 ed., México: Fondo de Cultura Económica.
10. Luna Pla, Issa (2012). *Transparencia Política, acceso a la información y consolidación democrática: el papel del TEPJF*. México.
11. Santos, Pastor (2007). *Cifrar y descifrar*. Tomo 1. Chile: Centro de Estudios de las Américas, disponible en: <http://biblioguias.cepal.org/estadoabierto/concepto>, consultado el 29 de enero de 2018.
12. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (2013). *Jurisprudencia 47/2013*, disponible en: <http://sief.te.gob.mx/IUSE/tesisjur.aspx?idtesis=47/2013&tpoBusqueda=S&sWord=47/2013>, consultado el 3 de abril de 2018.
13. Tribunal Electoral Del Poder Judicial De La Federación (2015). *Manual para la elaboración de sentencias, Sala Regional Monterrey, Justicia Electoral cercana a la ciudadanía*. México: TEPJF.
14. Villoria Mendieta, Manuel (2012). *El Gobierno Abierto como Subsistema de Políticas: Una evaluación desde el institucionalismo discursivo*. En Hoffman, Andrés, Ramírez Alujas, Alvaro y Bojórquez Pereznieto, José Antonio (coords.). *La promesa del Gobierno Abierto*. México: itaip, indodf.
15. Woldenberg, José (2000). *Léxico de la Política*. Mexico: Flacso, SEP-Conacyt, FCE, Heinrich Böhl.

Partidos, ciudadanía y democracia. Una mirada desde el último medio siglo argentino (1966-2017)**

Parties, citizenship and democracy. A view from the last middle siecle of Argentina (1966-2017)

RICARDO DEL BARCO*
AGUSTÍN GARCÍA FAURE*

Resumen

Por definición, los partidos son un ámbito privilegiado para encauzar la participación ciudadana, clave para la construcción de la democracia. Analizar las características y el rol de los partidos en Argentina durante un proceso en el que las luchas políticas y fracturas institucionales fueron frecuentes es uno de los ejes de este artículo. Elecciones, golpes militares, proscripciones, disolución y congelamiento de los partidos dejaron marca sobre éstos últimos. La ciudadanía fue silenciada o llamada a transitar caminos que ciertas veces fueron la sustitución de la política por la vía militar; lo anterior ha marcado con fuerza nuestra actual democracia. La relación dinámica entre partidos, ciudadanía y democracia constituyen el núcleo de nuestra investigación. La mirada desde el presente democrático se funda en nuestra experiencia del último medio siglo, con una clara intención prospectiva.



Esta obra está bajo licencia Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0
International (CC BY-NC-SA 4.0)

Palabras clave

Democracia, Partidos Políticos, Ciudadanía, Participación, Representación.

Abstract

Political Parties are by definition a privileged environment to channel the citizen participation, and this is the key in the construction of Democracy. Analyzing the characteristics and role of parties in Argentina during a process in which political struggles and institutional fractures were frequent, is one of the axes of the work. Elections, military coups, proscriptions, dissolution and freezing of Parties left their mark on them. The citizenship was silenced or called to travel roads that many times were the substitution of politics by military means. All this has strongly marked our current democracy. The dynamic relationship between parties, citizenship and democracy, constitute the core of our research. The view from our democratic present, is based on our experience of the last half century, with a clear prospective intention.

Key words

Democracy, Political Parties, Representation, Participation, Citizenship.

** La presente investigación retoma fragmentos textuales del blog del Dr. Ricardo del Barco, cuyo contenido y reflexiones han sido utilizadas como apoyo para impartir clases de Derecho Político en la Universidad Católica de Córdoba, razón por la que no se hace referencia explícita en el texto. Puede ser consultado en la página: <http://derechopoliticoucc.blogspot.com/>.

*Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Correo de contacto: delbarco@arnet.com.ar

INTRODUCCIÓN

Por definición, los partidos son un ámbito privilegiado para encauzar la participación ciudadana, clave en la construcción de la democracia. Pero ¿qué sucede cuando éstos no tienen interés en los asuntos de la ciudadanía? O ¿cuáles son los desafíos que enfrentan ante una sociedad civil descreída de ellos? A continuación se da una orientación actual para dar respuesta.

ALGO DE HISTORIA ACERCA DE NUESTROS PARTIDOS POLÍTICOS

Un breve recorrido sobre los partidos políticos en Argentina nos muestra que a partir del golpe militar del 6 de setiembre de 1930 en contra el gobierno de Hipólito Yrigoyen hubo distintas actitudes frente a los mismos, a saber: el veto a la candidatura presidencial de la UCR en 1932, que llevó a este partido a la abstención y la proscripción del peronismo, luego del golpe del 16 de setiembre de 1955. El decreto ley 12530/60, conocido como el Estatuto de los Partidos Políticos, proscribía el peronismo y los partidos políticos que no demostraran su adhesión a los principios democráticos, es decir los valores mencionados en el artículo 1 de la Constitución Nacional, que dice: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”. Con esta normativa muchos partidos de la corriente peronista o afines a los ideales comunistas tuvieron que aceptar, sin excepción, la proscripción y comenzar a analizar la puesta en marcha de una adaptación partidaria a los cánones que requería el decreto reglamentario; la disolución de los partidos políticos en 1966 luego del golpe militar del 28 de junio de 1966.

La última dictadura militar (1976-1983) que se implantó en Argentina también negaba la vida partidaria. Las fuerzas armadas que irrumpieron para dirigir la administración del Estado Argentino redactaron con certificación de escribano público un reglamento de facto titulado “Acta para el proceso de reorganización nacional”, la cual contenía diferentes medidas, entre ellas, la suspensión –congelamiento– de los partidos políticos.¹

Opuesto a lo anterior, podemos mostrar antecedentes de la historia argentina que dan señales democráticas con respecto a los partidos políticos; entre ellos, en 1958 se sancionó la Ley 14.436, que declaró la amnistía política y su compromiso para el futuro de no perseguir por su ideología o actividades políticas a los partidos políticos reconocidos; sin embargo, en 1981 comenzaron a emerger los partidos políticos junto a la sociedad civil que se erigía con nuevas formas de participación

¹ Acta para el Proceso de Reorganización Nacional (s.f.), disponible en: http://www.cacheirofrias.com.ar/Acta_del_Proceso_de_Reorganizacion_Nacional.pdf

social, por ejemplo expresando sus reclamos a través de los grupos barriales, en recitales de rock, por medio de las acciones de los jóvenes que se concentraban en cada universidad del país y por las corrientes de trabajadores de diferentes rubros y lugares de producción, aunque había mayor participación de los diferentes sectores de la sociedad, lo cual garantizaba el comienzo de una joven democracia participativa.

En tiempos pos dictadura creció la afiliación a los partidos políticos; el levantamiento de la prohibición a toda actividad política que impulsó el presidente de facto, el General Reynaldo Bignone, una vez finalizada la guerra de Malvinas, hizo que la vida partidaria recobrara protagonismo en Argentina. Los partidos con mayor cantidad de afiliaciones –la Unión Cívica Radical y el Partido Justicialista (El peronismo)– triplicaron y hasta quintuplicaron, respectivamente, sus afiliaciones.

De tal manera, que al producirse el llamado a las elecciones el 30 de octubre de 1983, del cual surgió el gobierno constitucional del presidente Alfonsín, podemos decir que se genera un renacimiento institucional de los partidos políticos. Desde esa fecha hasta ahora se pueden establecer los siguientes momentos en la evolución de los partidos:

- El renacimiento acompañado de la participación ciudadana en la vida de los partidos, que se manifiesta en un elevado índice de afiliación y notable interés por la vida partidaria, expresado a través de elecciones internas, reuniones, actos públicos y seguimiento entusiasta de las manifestaciones públicas de los partidos.
- Aparición de liderazgos políticos que opacaron o minimizaron el rol de los partidos.
- Descreimiento y fastidio ciudadano de la política y los partidos, que se expresó de manera evidente en la elección de octubre de 2001 y en la crisis política de diciembre del mismo año, la cual generó la renuncia del presidente Fernando de la Rúa, elegido en 1999.
- Pérdida de identidad de los partidos políticos tradicionales y aparición de nuevas fuerzas políticas y liderazgos que ensombrecieron el rol de los partidos.

LOS PARTIDOS POLÍTICOS, SU REALIDAD

Los partidos políticos son hoy reconocidos como instrumentos importantes, o mejor aún, imprescindibles del sistema político, pero al mismo tiempo se incrementan las críticas sobre su funcionamiento, la manera de reclutar candidatos, el manejo de los recursos económicos, la función de nexo entre electores y elegidos, entre otros aspectos.

Lo novedoso de esta crítica es que no se trata de una visión antipartidaria que se dio entre 1920 y 1940 dentro de una crítica frontal e ideológica al sistema democrático. El partido como instrumento no está en discusión, aunque sí y también la cuestión del monopolio partidario en materia de candidaturas. Sin perjuicio alguno, existen posiciones que reeditan actualmente críticas demoledoras, por ejemplo la de Ernesto Milá (2015):

¿Son necesarios los partidos políticos? [responde]: tras la muerte de Franco parecía como si no hubiera forma de asentar una democracia sin

partidos políticos. Se aceptaba entonces, de manera casi unánime, que la estructura de un partido político era la forma más directa y auténtica que tenía el ciudadano para participar en la política; desde entonces, han pasado casi 40 años, tiempo suficiente para haber comprobado que la representatividad de los partidos políticos es casi nula, es decir, sus dirigentes se representan a sí mismos, a nadie más. Los partidos ya no son opciones ideológicas o programáticas, sino grupos de intereses particulares. Bajo estas circunstancias hace falta plantearse si los partidos son el canal adecuado de participación en una democracia y, sobre todo, establecer alternativas (el anti-partido es una de ellas).

Continúa el autor, los partidos han decepcionado y lo siguen haciendo, incluso los nuevos (como es el caso de Podemos y Ciudadanos, con ERC y Sortu) en la medida en que ya no son opciones ideológicas concretas, ni propuestas para realizar reformas, sino estructuras que se mecen al viento según los gustos de la población cada vez más apática, pasiva, incapaz de interpretar y comprender la realidad en la que vive. Estos gustos oscilan en función de los criterios implantados por las empresas de comunicación que a su vez responden a los intereses de los grupos mediáticos. Además de:

la falta de criterios doctrinales y programáticos que justifiquen la existencia de partidos políticos, existe el que sus diputados en el parlamento tienen invariable tendencia a votar según los deseos de su jefe de grupo parlamentario, quienes carecen no solo de rostros, sino de personalidad y voluntad propia; se entenderá entonces que el régimen político español sea una democracia formal que tiene poco que ver con la democracia real o, como dice Alexandr Solzhenitsin, Premio Nobel, nos encontramos inmersos en un sistema “en el que puede decirse todo, pero no sirve para nada” (Milá, 2015).

Llama la atención lo frontal de esta crítica producida en un sistema político que supo construir a través de los partidos una democracia competitiva que reemplazó a medio siglo de dictadura. Nos detenemos en este artículo que ilustra un sentimiento dominante en los medios de comunicación y percepción ciudadana, pero además de la crítica explícita está la sustitución informal de los partidos, manera implícita de criticarlos. Con todo esto nos referimos a una serie importante de transformaciones, como la video política, las encuestas preelectorales, los estudios de mercado y de imagen, las fundaciones y los centros de estudios, así como los movimientos no oficializados que acaparan gran cantidad de funciones que antes cumplían o pretendían hacerlo solo los partidos políticos.

Una característica notable y creciente en el ámbito de los partidos políticos argentinos, aunque no exclusiva ni excluyentemente en éstos, ya que el fenómeno se está expandiendo en Occidente, es el privilegio del candidato sobre el partido. Al propio tiempo decrece la importancia, hasta casi su desaparición, de lo que denominaríamos el planteo doctrinario o programático.

Tal vez lo más extraño en una campaña electoral son los partidos ofreciendo programas porque éstos no tienen mercado; lo que sí advertimos son los candidatos que proponen en primer lugar su imagen y en todo caso acompañan a la misma con ideas, consignas o sola una palabra de contenido simbólico.

Paralelo al accionar de los partidos, aunque a veces vinculado con éstos, se da el ámbito de las fundaciones. En ellas transcurre parte importante de las discusiones programáticas, formulación de planes de gobierno, discusiones técnicas, etcétera. Aquí advertimos una suerte de divorcio entre la acción de los partidos que se limita en gran medida de ser generadores de candidatos y propuestas, denominadas también como discurso tecnoburocrático que se da en otros ámbitos.

Clásicamente los partidos cumplían un rol de mediadores entre los electores y los elegidos, entre el ciudadano y los gobernantes; es evidente que en este rol también se ha producido un cambio notable porque la función mediatizadora se ha trasladado en gran medida a otras organizaciones y ámbitos. Creemos que es frecuente y cada vez se lo advierte con mayor claridad, la acción de los grupos interesados en determinado tipo de decisiones que influyen sobre los órganos gubernativos o cuerpos deliberativos. Este crecimiento del fenómeno de la presión transcurre básicamente al margen, por fuera, o al lado de los partidos, en buena medida son los medios de comunicación social, el medio y ámbito de dicha presión. Medios de comunicación y comunicadores sociales se convierten en un instrumento y espacio nuevo, a través de los cuales se cumplen funciones que antiguamente se les atribuían a los partidos políticos.

Existe también una creciente manifestación de lo que se denominó en la década de los 90, la Fujimorización de lo político, resultado del proceso electoral que finalizó con la selección de Fujimori, proceso que mostró a un candidato prácticamente desconocido, con una estructura política apenas formal, es decir en términos reales sin partido; sin embargo, derrotó a los otros candidatos y se convirtió en el Presidente de Perú. Este fenómeno que ha tenido varios procesos similares en la región y en el mundo nos muestra que ya no se necesita una estructura política previa, con una propuesta vastamente conocida. Parecería que se trata de un candidato que aparece en la escena política con actitud antipartido, diciendo básicamente mis antecedentes políticos son no tenerlos.

Esta irrupción de figuras de la no política al mundo político, que puede ser el ya citado caso de Fujimori en Perú o de Berlusconi en Italia, muestran una nueva manera de hacer política. Todo ello sin perjuicio de que es posible una reversión o modificación de este ciclo abierto hace algunos años. Para algunos analistas estaríamos de vuelta frente al fracaso de los intentos de sustitución de liderazgos políticos como los que hemos apuntado; no obstante, la cuestión está planteada y vale la pena considerarla.

Solíamos decir, clásicamente, que un movimiento o mejor dicho, que en determinadas circunstancias el movimiento aparece como un término antipartido. Así, en la crítica a los partidos del periodo de guerra, la idea movimientista aparece como una idea antipartido. Podemos citar como ejemplo de movimiento en sustitución del partido político, al caso del franquismo español, en el cual los partidos políticos no podían existir y solo funcionaba el Movimiento Nacional.

La idea de partido único se acomoda más a la idea movimientista que a la de partido como organización que en competencia interpartidaria disputa el acceso a los roles de mando en la estructura del Estado. Advertimos hoy una suerte de resurgimiento de la idea movimientista no como sustitución del partido, sino como complemento del mismo; la desideologización contemporánea facilita este proceso. También aparece este movimientismo en la praxis política cotidiana, vinculado generalmente a las reivindicaciones concretas que abarcan a distintos sectores sociales y que en algún momento trascienden a la política electoral. Pensamos en el

llamado caso María Soledad Morales en Catamarca³ y las repercusiones electorales que esto tuvo más allá de los partidos.

El impacto de los sistemas electorales sobre la estructura y el funcionamiento de los partidos es otro aspecto que debemos destacar. En efecto, sistemas tales como los de ley de lema, tachaduras e inclusiones han acercado el candidato a los electores al propio tiempo que han contribuido a la desestructuración de los partidos.

Sin perjuicio de la necesidad de un análisis profundo acerca de esta crisis de los partidos, nos parece importante marcar algunas propuestas para revitalizar el funcionamiento democrático de los partidos políticos.

- Contribuir a la formación política: entendemos que no puede consolidarse un sistema democrático adecuado a la realidad actual si no se superan definitivamente las viejas prácticas basadas en la improvisación antes que en el planeamiento y la programación. La sociedad política argentina requiere como sociedad moderna el aporte técnico y calificado que puedan nutrirle sus instancias de conducción. Así, es fundamental la función de docencia cívica y de proyección programática inherentes a todo partido político. Por ello, se hace necesaria la creación de instituciones y mecanismos que tengan a su cargo el desarrollo de la capacitación política de los ciudadanos, así como la elaboración de análisis, proposiciones y programas. Se trata de hacer funcional lo técnico y lo político al nivel de operatividad necesaria y a los efectos de racionalizar el proceso de la toma de decisiones por parte de los poderes públicos.
- Desarrollar estrategias de participación en los partidos: hay que reinventar las formas de selección de candidatos, la manera de incentivar la militancia, la formación de liderazgos y cuadros dinámicos y democráticos, la recepción de los problemas reales de la sociedad. En definitiva, la vida misma de las organizaciones político partidarias es lo que hay que cambiar. Superar el autismo partidario y atender la demanda creciente de protagonismo ciudadano es un importante desafío. Nos parece que los ciudadanos esperan hoy partidos que le señalen con claridad objetivos claros y realizables, que hagan el esfuerzo de promover a sus hombres capaces y honestos, que no malgasten su tiempo en inútiles querellas internas o en la minúscula cuestión de las apetencias de poder personal, que entusiasmen a los ciudadanos en la gran tarea de participar en la vida política y que sean los medios idóneos para construir un país nuevo antes que reeditar experiencias anteriores.

³ María Soledad Morales fue una joven catamarqueña que apareció muerta. El creciente reclamo social por el esclarecimiento de esa muerte y la responsabilidad penal de sus asesinos generó una crisis política que derivó en la intervención federal en la Provincia de Catamarca y posteriormente un significativo cambio político electoral.

CONCLUSIÓN

Los partidos políticos son instrumentos necesarios para la participación ciudadana. Lo que no puede sostenerse es que éstos sean los únicos medios para tal cometido. Cada vez encontramos mayor número de medios alternativos para ese fin; el uso creciente de las redes sociales es un buen ejemplo de ello. También la presencia de colectivos y movimientos de todo tipo son formas de participación que no necesitan de los partidos. Dicho esto, es bueno recordar una vez más lo necesario de los partidos políticos en la triple función de mediación entre ciudadanía y gobierno, selección de los gobernantes y formación política ciudadana.

Para que esto sea posible es necesario una renovación de los partidos políticos que permita mayor participación ciudadana en su vida interna que aliente una genuina formación política y que proporcionen una adecuada selección de candidatos en base a idoneidad y experiencia.

La ciudadanía, entendida como participación responsable y comprometida en el destino común de la ciudad, es uno de los mayores desafíos de nuestra época. En efecto, la gran tentación y la amenaza contemporánea es el marcado individualismo que lleva a refugiarse en la intimidad de nuestros intereses y a despreocuparnos de la suerte de los otros. Si lo dijéramos de manera clásica, es el refugiarse en el Oikos y olvidarse de la Polis.

Algunas posturas teóricas señalan que esto es el resultado de una concepción ideológica que denominan neoliberalismo; a nuestro entender es algo más profundo que atraviesa las constelaciones ideológicas y que tiene que ver con un clima cultural que no se cambia con recitar una nueva ideología, más bien es algo que afecta los valores y que implica y necesita cambios actitudinales.

Ese compromiso con el destino común se encuentra ejemplificado en el relato bíblico, en el cual se le pregunta a Caín –¿Qué has hecho de tu hermano? y la respuesta de éste en forma de pregunta– ¿Es que soy acaso el guardián de mi hermano? Es decir, entender que la suerte de mi hermano es también mi responsabilidad. Creemos que ciudadanizar la política es preocuparnos también de la suerte de los otros y no solo gestionar nuestros negocios.

Finalmente, debemos hacer frente a dos grandes desafíos en clave democrática y republicana:

1. Afianzar la democracia: el término afianzar, según el diccionario de la Real Academia Española significa “Hacer firme, consolidar algo”.⁴ Más allá de que han transcurrido 30 años, todavía nuestra democracia es frágil y es necesario darle firmeza, la cual surgirá de la convicción ciudadana de que el sistema no es perfecto, pero sigue siendo el mejor de los posibles. La impaciencia que producen los logros no alcanzados, el desorden y tumultuoso reclamo, son apenas algunas de las manifestaciones de un problema profundo. El mismo se comenzó a manifestar cuando pocos años después de aquella promesa de que “[...] Con la democracia se cura, se come y se

⁴ Real Academia Española (2017), disponible en: <http://dle.rae.es/?id=0xN1uir>

⁵ Alfonsín (2013), disponible en: <https://www.lagaceta.com.ar/nota/566116/politica/con-democracia-se-cura-se-come-se-educadecia-alfonsin.html>

educa”⁵ y tantas otras cosas, nos fuimos topando con peripecias económicas, crisis de hondo contenido social y la hiperinflación galopante que estuvo cerca de tirar por tierra las mejoras esperanzas democráticas. El furor consumista de la década de los noventa, más allá de las valoraciones que puedan hacerse, significó también un desapego o desinterés por la institucionalidad democrática, que se suponía inmodificable. Una nueva crisis económica y un fuerte rechazo a la totalidad de la dirigencia política, expresada en aquel “que se vayan todos”⁶ que acompañó el abrupto final del mandato constitucional del tercer presidente del ciclo democrático, nos colocaron peligrosamente al borde del precipicio. La resolución de esta situación se logró luego de una transición apenas pactada y de una curiosa elección presidencial en 2003, que fácticamente creó un sistema de neo lemas, más allá de la prescripción constitucional. En esa oportunidad, más que la competencia entre partidos, fue la convocatoria a la ciudadanía para que dirimiera la interna peronista, competencia también original, ya que terminó con el triunfo del perdedor de la primera ronda. Posibilitado esto por el retiro del ganador relativo y la imprevisión del código electoral que no habilitaba a un tercero para la segunda vuelta. El mandato del presidente electo en 2003, surgido con bajísimo respaldo electoral, se transformó por imperio de las circunstancias, reclamo de los gobernados y temperamento del gobernante, en una fuerte concentración de la autoridad presidencial, que recurría a la modalidad del presidencialismo exacerbado. Esto fue bien recibido por una sociedad que venía de la debilidad presidencial del derrumbe económico y del “que se vayan todos”. La reconstrucción de la autoridad en la tercera década democrática generó una democracia plebiscitaria y cesarista. Nunca se prescindió del voto popular, ingrediente necesario aunque no suficiente para una democracia constitucional. Vuelvo sobre la cuestión del voto popular como ingrediente indispensable del sistema democrático. A lo largo del periodo analizado, que arranca en 1983, no se ha puesto en discusión, ni teórica ni prácticamente que la voluntad popular libremente expresada en elecciones que excluyan el fraude y la proscripción, las cuales fundamentan la democracia. Ahora bien, un sistema democrático basado en esa sola condición no solo es frágil, sino también peligroso. La voluntad soberana del pueblo es una condición necesaria, pero no suficiente. Los derechos que se fundan en la dignidad del hombre como persona no son susceptibles de negociación. Por otra parte, la regla mayoritaria que es válida para la toma de decisiones no puede modificar los fundamentos de la convivencia. La libertad y justicia si no anidan en la sociedad y se manifiestan a través del ejercicio genuino de la ciudadanía, pueden verse arrasadas por la democracia del número. En este análisis no se menosprecia el valor del sufragio popular y de la continuidad de las formalidades democráticas, sino que sostenemos la necesidad de darle mejor fundamento a la democracia y mayor ejercicio ciudadano, que implica participación, genuino control del poder y una cultura del dialogo y la deliberación.

⁶ ¡Que se vayan todos! Es el lema popular usado en la revuelta de diciembre de 2001 en Argentina, crisis que culminó con la renuncia del presidente Fernando de la Rúa.

2. La construcción de la república: si al hablar de democracia utilizamos el verbo afianzar, que supone algo que ya se tiene, aquí hablamos de edificar algo que no existe o está incompleto. Cuando decimos república, nos referimos a poder limitado, sujeción de los gobernantes y gobernados al imperio de la ley. Mandatos renovables y periodicidad de las funciones. Jueces imparciales y efectiva publicidad de los actos de gobierno. Podrá decirse que tuvimos república aunque no democracia hasta 1916 y que el encuentro con la democracia nos apartó de la República, pero eso es un debate de historiadores que excluimos expresamente de este trabajo. La cuestión es saber acerca de la existencia y vigencia de la república a partir de la recuperación de la democracia. Y aquí nuestra respuesta es clara, aunque no guste, sino disguste. La República es todavía entre nosotros una asignatura pendiente, no se trata de canjear ésta por la democracia, sino de vivirla en un contexto y en un sistema democrático. La construcción de un orden republicano debe ir de la mano del afianzamiento democrático para ir hacia una democracia republicana o una república democrática, donde se conjuguen participación popular, poder limitado y vigencia de los derechos individuales y sociales. El diseño institucional es importante, pero no suficiente en la tarea propuesta, lo anterior porque en las leyes se pueden perfilar muchas cosas, pero la realidad puede transitar por caminos distintos. La efectiva vigencia de la república se da cuando aquella se arraiga en la cultura política y se efectiviza en las prácticas cotidianas. La República es construcción, fruto del talento político y de las convicciones ciudadanas, pero está siempre amenazada por la natural tendencia del poder a su crecimiento, que solo se detiene en donde encuentran vallas. Sin embargo, también la es fruto del acuerdo razonado y razonable y de un acto de civilización política que se nutre del ejercicio consciente y reiterado de la ciudadanía. El mismo no excluye ni antagoniza con los liderazgos que motivan, pero que se degradó al calor de liderazgos personalistas que incitan al vasallaje y la obediencia obsecuente.

La democracia, tantas veces declamada y hoy universalizada como el único sistema político defendible, no es empresa fácil ni su resultado está asegurado. Las nuevas amenazas a este estilo de convivencia no solo provienen de los distintos adjetivos ideológicos políticos que desnaturalizan la democracia como régimen de justicia y libertad, sino de las nuevas amenazas totalitarias que no se presentan tanto como los totalitarismos ideológicos del siglo xx, como tecnología invasiva que preanuncia un control total de nuestras vidas.

REFERENCIAS

1. Acta para el Proceso de Reorganización Nacional (s.f.), disponible en: http://www.cacheirofrias.com.ar/Acta_del_Proceso_de_Reorganizacion_Nacional.pdf, consultado el 12 de diciembre de 2017.
2. Alfonsín, Raúl (30 de octubre de 2013). “Con la democracia se cura, se come y se educa”, decía Alfonsín. *La Gaceta*, disponible en: <https://www.lagaceta.com.ar/nota/566116/politica/con-democracia-se-cura-se-come-se-educa-decia-alfonsin.html>, consultado el 19 de enero de 2018.
3. Milá Ernesto (2015). Pero ¿son necesarios los partidos políticos? *Página Transversal*, disponible en: <https://paginatransversal.wordpress.com/2015/05/31/pero-son-necesarios-los-partidos-politicos/>, consultado el 15 de enero de 2018.
4. Real Academia Española (2017). *Diccionario de la lengua española*, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=0xN1uir>, consultado el 19 de enero de 2018.

El Presidential Government: génesis y antropología del presidencialismo a 150 años de distancia

The Presidential Government: genesis and anthropology of presidentialism 150 years away

RODOLFO TÉLLEZ CUEVAS*

Resumen Después de 150 años hemos querido hurgar y situarnos como antropólogos políticos, lo cual nos llevó a identificar que el origen del sistema presidencialista y presidencialismo se remonta al Gobierno presidencial de los Estados Unidos. Lo anterior, será el eje temático de este artículo; se contemplará cómo ha evolucionado y cambiado sin perder el oficio de gobernar, al menos en México.

Palabras clave Presidential Government, Sistema Presidencialista, Presidencialismo, Gobierno, Poder Ejecutivo.

Abstract It has been a little more than one hundred and fifty years and it has given us the opportunity to poke and ask the political anthropologist, which led us to locate that the presidential system and presidentialism have a remote origin: the presidential government of the United States. This will be the axis of the same study, to the degree of contemplating how it has evolved and changed without losing the office of governing, at least in Mexico.

Key words Presidential Government, Presidential System, Presidentialism, Government, Executive Power.



INTRODUCCIÓN

Hace 150 años el periodista Walter Bagehot acuñó un término para explicar la estructura y funcionalidad del ejercicio del poder en los Estados Unidos, Presidential Government, mismo que las naciones latinoamericanas adoptaron durante ese periodo, aunque tuvo una evolución lenta en algunos casos fue dinámico, como nuestro caso.

Los métodos de análisis que se utilizaron fueron: comparativo, histórico y sociológico; se contrastará el modelo de Bagehot (modelo históricamente base de estudio) con los modelos depurados del gobierno presidencial para ubicarlo dentro de la sociedad y realidad mexicana. Por ello, es necesario comprender cómo ven al gobierno presidencial en otras latitudes y escenarios de análisis. Concluimos, científica y analíticamente, que en México hay un modelo depurado y flexible.

DEL GOBIERNO PRESIDENCIAL DE WALTER BAGEHOT AL SISTEMA PRESIDENCIAL

El estudio del constitucionalismo está empapado de historia, va desde el Derecho Romano, las Constituciones Imperiales, los instrumentos vertidos por los príncipes de occidente, hasta llegar a la Carta Magna inglesa. También existen los antecedentes de análisis sobre qué era una Constitución, como lo hizo Fernando La Salle, hasta conformar una doctrina referente a este instrumento jurídico y político –codificado o consensual¹–. Sin embargo, nuestro interés no se basa en dicho documento, sino más bien se hace referencia a una de las esencias que su espíritu jurídico y político reviste en cuanto al ejercicio del poder político, es decir, el poder del presidente de la República Mexicana.

Inicialmente fue en Inglaterra donde se gestó un sistema equilibrado en materia del ejercicio del poder político; sin duda, la monarquía inglesa es un dechado de cualidades, mismas que explican su existencia aún dentro de las formas de gobierno sólidos de Europa,² desde la Baja Edad Media hasta hoy; por tal razón, la Carta Magna inglesa marcó un hito y fue vanguardia para hablar de un documento –ley de leyes– que podría regular las esferas gubernamentales, mismo que se plasma en

¹ La doctrina Constitucionalista encuentra un sinnúmero de trabajos hoy en día, que resultaría difícil plasmarlos en un espacio reducido.

² De las once monarquías existentes en Europa (Bélgica, Dinamarca, El Vaticano, España, Liechtenstein, Luxemburgo, Mónaco, Noruega, Países Bajos, Reino Unido de Gran Bretaña, Inglaterra e Irlanda del Norte y Suecia) ésta es la más antigua y casi ininterrumpidamente.

una sociedad multicolor y los factores reales de poder. Al respecto, Burgoa (1999, p. 732) refiere que desde 1215 los barones ingleses obligaron al rey –Juan Sin Tierra– a firmar la Carta Magna para limitar la autoridad del rey, quienes representaban al pueblo londinense, a la nobleza, al pueblo y al clero, creando la Cámara Alta o de los lores y la Cámara Baja o de los Comunes; la integrada por la iglesia anglicana creó el sistema Parlamentario o Asamblea legislativa con tres.³

Durante el siglo XIX el periodista inglés –Walter Bagehot– en su obra *La Constitución Inglesa*, publicada en 1867⁴ y traducida hasta 1902 al español, pretendía explicar la conformación gubernamental en las tres ramas de Inglaterra. El objetivo del texto, entre otras cuestiones, fue contrastar la oficina del presidente como ejecutivo oficial con la de un primer ministro. El autor describió la estructura del sistema inglés y realizó una comparación entre la Constitución inglesa y la americana y las funciones ejecutivas del presidente con las del premier, alegando que el sistema inglés es la mejor opción gubernamental. La obra contiene nueve capítulos, cuyos temas son: el Gabinete, el Gobierno de Gabinete y sus pormenores, la Institución Monárquica (desarrollado en dos capítulos), y la actividad legislativa a través de las dos Cámaras (Lores y Comunes); así como los cambios de ministerio y la teoría de los pesos y contrapesos de la Constitución, tema llevado y traído por la doctrina y el pensamiento político y jurídico. Finalmente expone datos sobre la historia de la Constitución (Bagehot: 1902).

Sabemos que el sistema político inglés es *sui géneris*, y en ese sentido la estructura para una conformación político que surgiría de los Estados Unidos, resulta ser innovadora; es decir, el modelo inglés parlamentario tiene elementos fundamentales, entre ellos: su Constitución no está codificada, es decir no escrita; existe plena división de la Jefatura del Estado y del Gobierno; su sistema parlamentario, el electoral y el sistema de partidos políticos son diferentes a los de otras latitudes (Yocolevzky, 1986, p. 3). En este sentido, la Jefatura del Estado es un elemento de raigambre consuetudinario y tradicional, pero no ceremonial o simbólico, debido a que cuando se nombra al primer Ministro (a través de los Comunes) y al gabinete, éste es el gobierno de su majestad (Yocolevzky, 1986, p. 7-8), aunque hay algo importante: el rey o reina es parte del Parlamento y como prueba de ello, lo preside y lo apertura dando un discurso, que no es más que el proyecto de las principales políticas del gobierno en turno (Yocolevzky, 1986, p. 9).

Este modelo de gabinete es importante, pues se hicieron adecuaciones para fincar el modelo presidencial; por tanto, el modelo de sistema presidencial es heredero *sui géneris* del sistema político de gabinete. Bagehot reconoce que su obra tuvo:

³ La escala nobiliaria inglesa es un tanto compleja: el título de Lord se asocia con un título nobiliario; es decir, que las personas que heredan un título de nobleza, *ipso facto*, ocuparán un escaño en la Cámara Alta por el simple hecho de ser el titulado; caso adverso quien no posee esta merced real –aunque sea parte de una familia nobiliaria– ocupará vía elección una curul en la Cámara Baja. Un ejemplo de esto fue Winston Leonard Spencer Churchill, que ocupó en repetidas ocasiones una curul en la Cámara Baja, aunque era nieto paterno del Séptimo Duque de Marlborough, y su primo hermano –también nieto de dicho séptimo. Duque e hijo del Octavo Duque– ocupó su escaño *ad vitae* en la Cámara Alta como noveno. Duque, siendo éste primo hermano de Winston Leonard.

⁴ Véase: https://archive.org/stream/BRes081340/BRes081340_djvu.txt. A partir de este momento emplearemos en la cita a Bagehot y el año de la traducción -1902- realizada por Adolfo Posada (que fue en Madrid en el año de y que extrajimos de la liga de internet que antecede este comentario).

muchas observaciones sobre la Constitución estadounidense, en comparación con la inglesa; y en cuanto a la Constitución Americana hemos tenido un mundo de experiencia desde la primera vez que escribí. [El] objetivo fue contrastar la Oficina del Presidente como un oficial ejecutivo y compararlo con el de un primer ministro; y me dediqué mucho espacio para mostrar que, en un aspecto, el sistema inglés es de lejos el mejor. El Premier inglés fue nombrado por la selección, y ser removible a placer del Legislativo preponderante [...]. Si él quiere una legislación para ayudar a su política, puede llevar a cabo esa política. Pero el presidente estadounidense no tiene seguridad similar. Él es elegido de una manera, a la vez, y el Congreso es elegido de otra manera, en otro momento. Los dos no tienen nada que vincular entre sí, y de hecho están en constante desacuerdo (1873, p.37).⁶

De hecho, es en esta obra donde aparece por primera vez el término “Gobierno Presidencial” (Bagehot, 1902, p. 21) o en inglés Presidential Government (Bagehot, 1873, p. 34); a partir de allí el subsecuente estudio se centró en las cuestiones disímbricas entre los dos sistemas (inglés y estadounidense). Asimismo, en lo referente a las finanzas públicas, se señala que el sistema inglés, a través del gabinete (poder ejecutivo) el parlamento puede cambiar, modificar y/o revocar una disposición jurídica, ya que aquél cuenta con la dimisión y disolución del mismo parlamento; en el caso de Estados Unidos esto no operaría de esta forma (Bagehot, 1902, p. 21). Acusa a los estados del norte de Estados Unidos ser poco proclives a la política; en consecuencia, no existe una opinión avanzada en el siglo XIX, situación que es diferente en Inglaterra (Bagehot, 1902, p. 23-24). Así:

bajo un gobierno presidencial, un pueblo sólo tiene su parte de influencia en el momento de las elecciones; en el resto del tiempo, como no tiene el recurso de votar, no tiene fuerza alguna hasta el día en que el voto lo convierta de nuevo en dueño absoluto. Nada hay que excite á (*sic*) un pueblo tal á (*sic*) formarse una opinión ni á (*sic*) educarse, como ocurriría bajo un gobierno de gabinete. Sin duda un legislativo es un teatro para los debates; pero esos debates son como prólogos no seguidos de dramas; no conducen á (*sic*) ningún desenlace, porque no puede cambiarse la administración; no estando el poder en manos del legislativo, nadie presta atención á (*sic*) los debates legislativos. El ejecutivo, ese gran centro del poder y de los empleos, persiste inquebrantable (Bagehot, 1902, p.24).

Para Bagehot es importante que el pueblo lea porque a través de ello el gobierno de gabinete podrá estar controlado y habrá una mejor rendición de cuentas (Bagehot, 1902, p. 25). Ya desde aquí es importante un pueblo culto y leído para evitar actos en contra del bien común; y qué decir de los gobernantes, para el periodista, las condiciones sociales son diferentes entre los hombres de gobierno del sistema parlamentario que del gobierno presidencial, ya que

⁶ La obra en lengua inglesa, publicada en 1873 en dicho idioma, está disponible en: <http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bagehot/constitution.pdf>

por su naturaleza misma, el gobierno presidencial divide la vida política en dos mitades distintas, la una puramente ejecutiva, la otra legislativa. Esta división hace que una y otra no merezcan que un hombre se consagre á (*sic*) ellas como á (*sic*) una carrera continuada, y que absorban, como ocurre en el gobierno de gabinete, toda su alma.” Es decir que los hombres de Estado en el sistema del gobierno presidencial “son de una calidad muy inferior á (*sic*) aquella con que los ofrece el sistema de gabinete; y el cuerpo electoral, encargado de elegir la administración, es también mucho menos esclarecido (Bagehot, 1902, p.32).

Como vemos, Bagehot está condicionado por los errores de la desigualdad, pues considera que la clase y condición social es determinante para formar hombres de gobierno conscientes de su papel. Posteriormente critica el principio de soberanía popular y alude que en momentos de crisis y las circunstancias hacen operar

el uso de la soberanía es absolutamente necesario, [y] no se sabe dónde encontrar al pueblo soberano. Hay un Congreso elegido por un período fijo, que puede dividirse en fracciones dadas, cuya duración no se puede ni retrasar ni precipitar; hay un presidente elegido por un período de tiempo fijo, [y es] inamovible durante todo ese tiempo; todos los arreglos y acomodamientos están previstos de una manera determinada. Nada de elástico hay en todo eso; antes por el contrario, todo está especificado y señalado. Ocurre lo que ocurra, no puede precipitarse nada ni puede detenerse nada (Bagehot, 1902, p.34).

Hace patente que debido a que las formas de elección presidencial son por un periodo determinado y mientras el nuevo mandatario es elegido y entra en funciones, se da el reacomodo de un nuevo gobierno y es allí donde se especula y se tienen los primeros disensos, lo que gesta una inestabilidad absoluta para el nuevo presidente. Tal vez en el ámbito mexicano esta postura es recurrente y proclive a que se dé en los tres niveles publiadministrativos: Federal, Estatal y Municipal.

Se deduce, a partir de la interpretación de la misma obra, que los sistemas republicano y monárquico están al descubierto en varias posturas; para el inglés, el sistema parlamentario —o de gabinete, según Bagehot— es uno de los más postreros y perfectos; en este sentido suena lógico, pues como ya lo indicamos, ha perdurado hasta la fecha. En cuanto al estadounidense, a pesar de que se opone y su punto de vista es contrario a dicha estructura, consideramos que éste ha permanecido —el sistema del gobierno presidencial— en los parámetros que fue concebido; por ello, es uno de los más completos actualmente y en el esquema de las democracias.

El Presidential Government del que habla Bagehot resulta ser el análisis de lo que sucedía allende la mar desde Londres y que para un conservador dentro de la línea tradicionalista (Ferrada, 2011, p. 176), pero con una relación de influencia tal, es menester retomar lo que Ferrada (2011, p.175) comenta: “además constituye una exposición muy completa y sistemática de la doctrina constitucional inglesa de los siglos XVIII y XIX y su influencia en el mundo político y jurídico hispano”, como a la postre en la mayoría de las naciones latinoamericanas adoptaron el sistema presidencial o gobierno presidencial. En este caso, podemos rescatar los puntos de disenso postulados por Bagehot entre los dos gobiernos, el de gabinete y el presidencial:

Cuadro 1. Diferencias entre los gobiernos de Gabinete y Presidencial de acuerdo con Bagehot (Siglo XIX)

Gobierno de gabinete (inglés)	Gobierno presidencial (estadounidense)
Existe gusto popular por la política.	No existe gusto popular por la política.
El legislativo ejerce el control político.	El ejecutivo ejerce el control político.
El legislativo puede ser dimitido o disuelto.	El pueblo solo tiene influencia en el periodo de elecciones, donde escoge al legislativo.
La calidad de los hombres de Estado es superior.	Los hombres de Estado son de menor calidad.
Relación estrecha entre Parlamento y Gabinete.	División entre el ejecutivo y el legislativo.
El gobierno de gabinete está comprometido con la unidad entre el Gabinete y el Parlamento.	El gobierno presidencial está desligado del pueblo, excepto en tiempos electorales.
Existe coherencia entre el nexo político entre Gabinete y Parlamento.	La vice-presidencia un accidente o defecto del sistema.
Debe haber nexo entre un gobierno saliente y otro entrante.	Al no haber continuidad en el ejecutivo se generan crisis al inicio de cada periodo.
Importa la calidad de los integrantes del Parlamento y del Gabinete.	En la elección presidencial solo importan los votos y no la calidad del candidato.

Fuente: elaboración propia con base en Bagehot (1902).

En este esquema podemos apreciar que las diferencias hoy son aciertos en el sentido de que ambos gobiernos –presidencial y de gabinete; estadounidense e inglés, respectivamente– han perdurado y son el modelo en sus categorías. El gobierno presidencial, que es el que nos atañe, deviene en diversificaciones dentro de su ámbito de influencia, América Latina, y ha gestado modelos *sui generis*, como el modelo mexicano, materia de este artículo.

TIPOLOGÍA DEL GOBIERNO PRESIDENCIAL

Una vez disertado por mundo de Walter Bagehot, precursor del Gobierno Presiden-

cial, como categoría, y término, realizó una comparación entre la constitución inglesa y la conformación político-jurídica del gobierno estadounidense. Enumeramos a continuación las bases de las que parte el gobierno presidencial:

- Democratización del sistema.
- Temporalidad en los cargos.
- Perfil del presidente y sus subordinados.
- División de poderes.
- Nexo poco sustantivo entre ejecutivo y legislativo;
- La dimisión y la desaparición de poderes, más recurrente en el modelo inglés.
- Falta de interés del pueblo norteamericano por los asuntos públicos, específicamente se involucran a aspectos únicamente electorales.
- Ausencia de la soberanía popular en tiempos de crisis.

Sobre estos elementos, se fue construyendo el gobierno presidencial que devino en Sistema Presidencial; sin embargo, éste ha tenido cuestionamientos debido a las derivaciones que presenta. El gobierno presidencial fue instaurado después de la Guerra de Independencia norteamericana, el cual se construyó con los siguientes elementos:

- División de poderes;
- Federalismo;
- Presencia política del presidente por ser Jefe dual: Jefe de Estado y de Gobierno;
- Equilibrio del poder público;
- Poderes constituidos temporales; y
- Poder constituyente permanente.

Es decir, el presidente tiene mayor voluntad de acción política, en comparación, por ejemplo, con el rey de Inglaterra, pero su poder está enmarcado a una temporalidad y bajo ciertas cuestiones que lo hacen diferente. Evidentemente este sistema de gabinete (monárquico) inglés fue retomado por los fundadores de lo que hoy conocemos como Estados Unidos.

Los liberales y revolucionarios Hamilton, Madison y Jay al crear el pasquín, El Federalista, sentaron un documento, sumado a ello, está el del marqués de Tocqueville, *La Democracia en América*, la cual apertura teóricamente el esquema del Sistema Presidencial (Uribe y Téllez, 2016, p. 14). Este modelo tuvo repercusiones en la Convención de Filadelfia (Uribe y Téllez, p. 15) y su subsiguiente Congreso Constituyente Originario, que diera lugar a la Constitución de la Unión Federal y con ella las características del sistema en comento. Entre ambos gobiernos —el de gabinete y el presidencial— existen cuestiones sobresalientes que los ubican como un elemento principal y otro accesorio. En este sentido, retomaremos un esquema para reconocer las semejanzas entre los dos gobiernos, considerando lo expresado por los federalistas.

Cuadro 2. Semejanzas y diferencias entre el rey inglés y el presidente estadounidense

<i>Atribuciones o facultades</i>	<i>Rey</i>	<i>Presidente</i>
Autoridad ejecutiva	Reina, pero no gobierna	Jefe de Estado y gobierno
Funcionario Civil	También es líder de la iglesia anglicana	También funcionario administrativo
Es electo para un periodo	Es hereditario	Es electo
Puede ser acusado y procesado	Solo en algunos casos de <i>Lesa majestad</i>	Lo ha sido en varios casos
Cuenta con veto	Facultad	Facultad
Jefe de las fuerzas armadas	Atribución	Atribución
Declara la guerra y celebra tratados	Atribución	Atribución
Indulto	Facultad	Facultad
Puede convocar a sesiones extraordinarias en el legislativo	Atribución	Atribución
Recibe y nombra embajadores	Atribución	Atribución
Facultad de nombrar funcionarios ejecutivos y del poder judicial	Facultad	Facultad
Voto de calidad	Facultad	Facultad
Prohibido crear privilegios	Si otorga privilegios	No crea privilegios
Otorga honores nobiliarios	Facultad	No existe
Otorga reconocimientos a personas destacadas	Atribución	Atribución
No es jefe religioso	Es la cabeza de la iglesia	Es laico
Es jefe de Estado	Atribución	Atribución
Es jefe de gobierno	No es facultad	Es atribución
Es símbolo de unidad nacional	Hecho consuetudinario	Es el jefe del Estado
Reciben tratamiento especial	Su majestad	Señor Presidente

Fuente: elaboración propia con base en Uribe y Téllez (2016) y Yocolevsky (1986).

SISTEMA O GOBIERNO PRESIDENCIAL

Como se explicó, el término Presidential Government o Gobierno Presidencial se acuñó por vez primera en la obra de Bagehot; sin embargo, la construcción del modelo del gobierno presidencial se pensó desde los Federalistas –Tocqueville había contribuido con el esquema y se retomaron varias cuestiones políticas y jurídicas que correspondían al rey inglés de la época–.

De acuerdo con Marcos (1985), Estados Unidos fue una nación con diversos elementos durante su fundación; uno de ellos es que un sector de la burguesía financiera fue lo que urgió la independencia de las trece colonias del Reino Unido

(p.20-23 y Orozco, 1986: 22), lo cual obligó a garantizar sus intereses financieros de varios de los Padres fundadores:⁷

La política surgiría plenamente identificada con la idea de negocio especulativo, y la noción de gobierno se haría inseparable del moderno concepto burgués de propiedad privada (...y así). La justificación política de la independencia, la real que se perseguía por la oligarquía terrateniente y comercial, no fue otra que la de participar en el comercio mundial como interlocutor mercantil autónomo (Marcos, 1985, p.21-22).

Y a todo ello, vino en el *trust* comercial⁸ un empeño por crear una república comercial en expansión, como hasta ahora se ha potencializado (Marcos, 1985, p. 22); por otro lado, el mismo autor refiere que en un inicio no se ponían de acuerdo en la designación del nombre para la nueva nación debido a sus características comerciales, a sus deseos expansionistas o al poder prevaleciente y gobernante, lo cual desató polémica sobre el modelo de forma de gobierno. En torno a ello, se puede identificar una forma de gobierno mixto “donde pueden reconocerse métodos, funciones y magistraturas de distintas formas constitucionales” (Marcos, 1985, p. 26); incluso la figura presidencial obtuvo elementos de institucionalidad y magistratura, lo cual la hizo ser la esencia de la constitución por la primacía que adquirió”; y en ella se aprecian esquemas oligárquicos y democráticos (debido a su designación electoral); asimismo, elementos aristocráticos por sus nexos con los dos poderes restantes (como la capacidad de veto). Y de igual forma republicana y monárquica son modelos que se adecúan a la esencia presidencial, y desde luego también un perfil tiránico (Marcos, 1985, p. 26 y Orozco, 1986, p. 9).

Con esas complejidades poco políticas y más económicas se estructuró el gobierno presidencial, aunque la creación formal del sistema o gobierno presidencial estadounidense fue en 1787; como consecuencia del repudio de la monarquía inglesa surge con varias características:

- Fue antimonárquico, aunque algunas funciones de ese sistema son desplegadas en la práctica formal.
- Potencializa la división de poderes y estaba en contra del nexo entre el monarca y el Parlamento.
- Unidad de acción y decisión en una sola persona, por eso el ejecutivo es unipersonal.
- Cuenta con responsabilidad política, lo que en el modelo inglés el rey no era el directo responsable de la mala conducción política del primer ministro.
- Es bien entendida la jefatura del presidente de forma dual.

⁷ El mismo Washington formaba parte de la Casa de los Burgueses de Virginia, que se fundó en los años de 1600 y que allí estuvieron los primeros promotores del Primer Congreso de Filadelfia en 1774; también están los casos de Benjamin Franklin y Thomas Jefferson, financieros y terratenientes (Marcos, 1985, p. 20-23).

⁸ Ejemplo claro es la divisa de los billetes con su *In God We Trust*.

- La elección presidencial no depende del congreso, como en el caso de la monarquía inglesa.
- La temporalidad en el cargo, limita las acciones y decisiones del presidente en turno, e incluso durante ese proceso de gobierno podría ser enjuiciado.
- Sus facultades y atribuciones son propias del cargo, y se fundan en la ley suprema.
- No cuenta con consejeros *ipso facto* como en las monarquías (González, 1986, p. 3-6).

El sistema o gobierno presidencial estadounidense tiene las características del modelo que hoy se conoce como presidencialista; según González (1986), éste se empieza a gestar desde los propios trabajos de formación del Estado norteamericano, 1787. Su instrumento legal fue la Constitución Política y se reforzó en la Convención de Filadelfia, cuyos debates se dieron en ese mismo año para conocer las características que debía tener el presidente; dichas discusiones fueron de dos tipos, uno enérgico, autónomo y único; y el otro vinculado y/o acotado por el legislativo. Los convencionistas optaron por el primero debido a la coyuntura que se vivió en Massachusetts, con el levantamiento de Daniel Shay (precisamente un presidente eje de la política y la sociedad estadounidense sería la fórmula para combatir los embates de ese orden *a posteriori*) (González, 1986, p. 6-7). De acuerdo con la Constitución estadounidense, en su artículo 2, Secciones de Primera a Cuarta, se establecen los siguientes aspectos del presidente:

- El depositario del poder ejecutivo y lo será durante cuatro años.
- La forma de elección de presidente y vicepresidente, así como las condiciones del proceso electoral.
- Quiénes serán los electores y cómo deberán expresarlo.
- Los casos en que será sustituido el presidente, las causales y por quién;
- Se señalan sus emolumentos y la forma de fijarlos.
- El titular para serlo debe juramentar. Hasta aquí la Sección Primera.
- Su cargo de jefe de las fuerzas armadas y otras prerrogativas, como solicitar opiniones de su gabinete.
- Otras facultades como nombrar embajadores, cónsules y miembros del Congreso de la nación.
- Es el responsable de cubrir las vacantes en los escaños senatoriales, por ausencia, *impeachment* o renuncia. Término de la Sección Segunda.
- Informar al Congreso el estado de la administración pública. Y con ello fenece la Sección Tercera.
- En la Sección Cuarta se aborda el *impeachment* para el presidente y otros funcionarios de orden federal (National Archives, s.f.).

SISTEMA PRESIDENCIALISTA

Dentro de las concepciones políticas y publiadministrativas se ha concebido al gobierno presidencial como un sistema propio; por ello, se tornó como uno de los dos

modelos de sistema de gobierno: en paralelo con el modelo hasta entonces conocido: el de la monarquía parlamentaria, Reino Unido de Gran Bretaña, Inglaterra, Irlanda, Escocia o simplemente Inglaterra. Esta corte de concepción de gobierno surgió a raíz de que en el siglo XIX las monarquías entraron en un franco descrédito. El derrumbe de los grandes imperios y las monarquías, con raíces que se perdían en la noche de los tiempos, dieron paso a una forma de gobierno diferente, temporal y con ciertas condiciones *ad hoc*, en las cuales se ponderaba el uso del poder y quién debía detenerlo, así como las condiciones en que el poder y los nuevos roles políticos de la sociedad se podrían poner en el contexto político y jurídico (sin olvidar la esencia económica).

Con la caída de las viejas monarquías, entre finales del siglo XIX e inicios del XX, la composición geopolítica también sufrió cambio; este hecho obedeció a revoluciones específicas que dieron un viraje en la forma de reestructurar las esferas del poder político. Por ejemplo, la Revolución Rusa, 1917, es un ejemplo de dicho cambio radical, pues la destrucción del aparato burocrático zarista eclosionó en un modelo diferente (Sartori, 2016, p. 32-33); el caso de la forma monárquica de gobierno se anquilosó y se necesitó una forma de gobierno “creativa” y una revolución creativa para dar solución. La revolución violenta, como la mexicana, fue un parteaguas en la integración del cambio de jerarcas en el poder.

Revolución creativa es un término “de terciopelo” que usaremos con base en Sartori (2016) para referirnos al cambio que formó lo que hoy se conoce como sistema presidencialista, el cual operó tan bien en México y que se desarrolló a la par del Federalismo (en un inicio hasta Juárez y sus sucesores, José María Iglesias y Sebastián Lerdo de Tejada), mismo que fue el mecanismo del pacto federal orquestado por el presidente y como fiel de la balanza nacional; este pacto tuvo una secuela importante para el desarrollo político del sistema, pues garantizaba la gobernabilidad (González, 2014, p. 18).

El sistema presidencialista consolidó esa figura un tanto política, y más jurídica, al paso de los años en que se fortalecía paulatinamente, aunque tuvo sus reveses y un desfondo en dictadura con Porfirio Díaz (aunque para nosotros, el hecho de que haya durado bastantes años en el poder se debió a otras circunstancias índole grupal).⁹ Durante el periodo de Díaz se puso en tela de juicio la gobernabilidad debido al tiempo en que estuvo en el trono presidencial. Después siguieron otros gobiernos y administraciones que fortalecieron la figura presidencial hasta que llegó el presidente Lázaro Cárdenas y la expulsión del llamado Jefe Máximo de la Revolución.

El apotegma: “El poder no se comparte” dejó huella en el de Jiquilpan y tras la expulsión de Calles y los callistas renombrados se dio el reacomodo de piezas del ajedrez político, lo que perduró fue la tradicional esencia –rodeada de misticismo– del culto a la personalidad. Con la caída del callismo se rescataron algunas ideas, por ejemplo, que la creación de un partido de partidos fuera la plataforma política e

⁹ En 1890, Díaz va a crear la Gran Dieta Simbólica, que tenía la intención de aglutinar a todas las fuerzas masónicas del país, y de todos los ritos e ideologías; así pudo aglutinar en su fuero la unión de los principales dirigentes y pensadores de la época –considerando que el pueblo tenía poco acceso a ellas– como el caso del mismo Francisco I. Madero que era masón con jettatura den las huestes masónicas (Téllez-Cuevas, 2009, p. 410). La hipótesis es de que se dio el rompimiento de esa cadena de unión y se dio la desbandada política y masónica, retomando viejas posturas políticas. Aunque también opinamos, de que no hubo tal Revolución toda vez que quedan como sucesores a la postre miembros de la élite porfirista: León de la Barra, Francisco Madero y el mismo Carranza.

ideológica, así como el eje para la disputa por el poder, garantizando esa gobernabilidad, más aún la legitimidad y legalidad del régimen.

En este sentido, el sistema presidencial dio estabilidad al régimen y a la sociedad a través de un corporativismo burocrático desde arriba que garantizaría la gobernabilidad respecto del poder político. Quien quisiera ser presidente de la república debía pasar por los pasillos del partido –además de contar con una carrera burocrática y/o legislativa–, es más, éste allanaría el paso hacia la presidencia. Decimos al respecto que el sistema presidencial se fortalecía de tal suerte que se convirtió en un embudo hasta los años ochenta –y albores de los noventa– del siglo pasado. Incluso se inventó el eufemismo “Familia Revolucionaria”, quien no estuviera dentro de ella no pasaba y no podía aspirar a la cima del poder político.

Esa fue la garantía del sistema presidencialista, como depuración y adecuación del gobierno presidencial estadounidense, la gobernabilidad, la extrema consistencia del *statu quo* y en consecuencia el *establishment*. Dicho sistema político evolucionó y se convirtió en un clásico de estudio para propios y extraños; se dejó de hablar de sistema presidencial o sistema presidencialista y nos volcamos a reconocer a un presidencialismo *sui generis* (a la mexicana) en el entorno de una democracia con adjetivos.

El sistema presidencialista tuvo sus objetividades con cada mandatario que sucedió a Cárdenas. Cada vez se obtenía posicionamiento y la gobernabilidad estaba garantizada; por ello, nos referimos a los levantamientos que hubo durante la consolidación del mismo. No olvidemos el movimiento cristero, el escobarista y el cedillista¹⁰ –aunque en tiempos diferentes–, no por ello cuestionadores del régimen y tendientes a encumbrar un proyecto político en la silla presidencial.

PRESIDENCIALISMO Y PRESIDENCIALISMO MEXICANO

El presidencialismo es una forma eufemística de abreviar –así se ha usado indistintamente– la categoría de Sistema Presidencial o Sistema Presidencialista. Es un estilo de los denominados ismos si se toma en referencia a la construcción gráfica de la palabra; según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, versión electrónica, es un sufijo de ismo y es una palabra latina (*ismus*) con referente griego (ισμός); en este sentido, se concibe de la siguiente manera: 1. como “sustantivos que suelen significar ‘doctrina’, ‘sistema’, ‘escuela’ o ‘movimiento’”; 2. refiere una “‘actitud’, ‘tendencia’ o ‘cualidad’”; 3. denota una actividad deportiva; y, 4. como terminología científica.¹¹

De estas cuatro formas, debemos considerar la primera en el sentido de sistema, la segunda como tendencia y la cuarta como término científico. Por tanto, se

¹⁰ El movimiento cristero –por que los soldados de cristo, enarbolaban el grito de “Viva Cristo Rey” y cundió en todo el bajío (1929); el escobarista, fue iniciado por el general Gonzalo Escobar, quien desconoció al gobierno y fue aniquilado en el centro del país (en este participó el general Miguel Alemán González, padre del que sería presidente, abuelo del que llegó a gobernador de Veracruz e importante accionista de Televisa); y el cedillista, encabezado por el general Saturnino Cedillo (nada tiene que ver con Ernesto Zedillo Ponce de León) cacique de San Luis Potosí y que terminó Cárdenas personalmente con el levantamiento.

trata de un sistema con tendencia que nos permite crear una categoría de estudio, análisis y estructuración. Como sistema, éste deberá tener otros elementos (insusos) además del presidente (poder ejecutivo); por tratarse del Poder Público del Estado debemos incluir dentro del sistema a los otros dos poderes públicos (legislativo y judicial). En este caso, vemos al Poder Público como un sistema donde confluyen tres elementos importantes (además de otros), los poderes públicos, ejecutivo, legislativo y judicial, vistos como subsistemas mismos.

Entonces existen tres subsistemas dentro del sistema denominado Poder Público y es aquí donde operará la tendencia –otra forma de conceptualizar a los *ismos*–. De acuerdo con la evolución del presidencialismo en México, éste ha ido de menos a más, sobre todo en la segunda mitad del siglo xx, al grado de estar operando, el poder ejecutivo, concretamente el presidente, por encima de los otros dos, es decir, la tendencia es que dentro del sistema político, sea el poder ejecutivo el que sobresalga en detrimento de los otros dos. Por esta situación, el presidencialismo, como categoría de análisis y estudio científico, se convierte en un fenómeno con órdenes de complejidad, pues la evolución y la práctica político administrativa ha construido una estructura institucional, donde lo importante no es el hombre, sino la institución presidencial, como en el caso mexicano.

En el ámbito de la academia este fenómeno es un incentivo de análisis político, jurídico, social, económico y hasta del orden literario,¹² ya que el Presidencialismo es un sistema de gobierno donde la tendencia es que en el Presidente (Jefe del Poder Ejecutivo) recaiga el ejercicio del poder político, creando así una categoría científica para ubicar y representar la esencia de un cargo político y administrativo relativo al poder político.

En la experiencias latinoamericana podemos hablar de presidencialismos toda vez que en las naciones que han adoptado este sistema de gobierno divergen unas de otras: no es el mismo presidencialismo en tiempos de Juan Domingo Perón, que en realidad fungió como dictador subrogando la imagen de la presidencia de la república argentina a los designios propios, al caso de sus sucesores de los últimos

¹¹ Véase: Diccionario de la lengua española, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=MBKXJUu>

¹² Existe una gran cantidad de novelas de este orden, donde la figura importante es el presidente o el poder político dentro del esquema de que el presidente es el rector de la vida institucional, preferentemente pública y en algunos aspectos hasta privada, en varias naciones y más aún en México. Algunas de ellas: El señor presidente, del guatemalteco Miguel Ángel Asturias; Yo, el supremo, de paraguay Auguste Roa Bastos; El reino de este mundo, del cubano Alejo Carpentier; El otoño del patriarca, de Gabriel García Márquez; Tirano Banderas, del hispano Ramón del Valle Inclán –sobre Porfirio Díaz; El gran Burundú Burundá ha muerto, del colombiano Jorge Zalamea; Si el águila hablara y Copilli, corona real del mexicano Miguel Alemán Velasco; El primer días, Días de poder, A toda marcha, La víspera del trueno, Retrato hablado y Palabras mayores del mexicano Luis Spota; El jefe máximo, El gran elector del mexicano Ignacio Solares; La silla del águila de Carlos Fuentes; La fiesta del chivo de Mario Vargas Llosa; los libros de Rafael Loret de Mola como Denuncia, Radiografía de un presidente, Las entrañas del poder: secretos de campaña, Presidente interino, Secretos de estado, Sangre política, Denuncia, presidente sin palabra, Alcobas de palacio, Manos sucias, Duelo con el poder, Galería del poder, La agonía del presidente, Intereses oscuros, El gran simulador, Los escándalos, La tempestad que viene, Los cómplices...entre otros libros y autores que abordan como tema central el poder del mandatario, del presidente o el ya convertido en dictador. Acotando lo anterior, son todas dichas novelas de gran formato y altamente recomendables para su lectura obligada.

veinte años: aquí era importante el hombre (fuerte) y no la institución presidencial. Otros ejemplos, son el de Perú y Brasil en la década de los noventa del siglo pasado.

Alberto Fujimori Fujimori de ser un oscuro ingeniero civil y rector de una universidad peruana, se aventuró a la palestra y buscó la presidencia de Perú (enfrentó a Mario Vargas Llosa), ganó y se hizo del poder para un periodo de reelección tras cinco años de un gobierno que hizo las expectativas de sus electores, entre ellas acabó con el grupo terrorista maoísta Sendero luminoso y reformó la Constitución para poder reelegirse por segunda ocasión, lo cual logró ante el descrédito y desdibujamiento de su imagen con el pueblo peruano y los constantes actos de corrupción de su hombre fuerte (Montesinos). En un acto de civilidad, su opositor y recién derrotado, Alejandro Toledo, organizó un movimiento que lo llevó a dimitir para un periodo más; en ese ínter, Fujimori dio un Golpe de Estado Técnico al desaparecer por Decreto a los otros dos poderes y nombrar sustitutos de ellos a sus incondicionales, lo que generó el principio del fin para el presidente. Hábilmente la institución presidencial peruana dio fuerza al hombre que en ese momento la ocupaba; sin embargo, los intereses personales fueron más allá del interés público. Podemos ubicar que la institución presidencial fue rebasada por un esquema de hombre fuerte, lo cual no fue aceptado por no tener las condiciones políticas, sociales y económicas para ello, y la popularidad de Fujimori se revirtió.

Durante los últimos años de la década de 1980 llegó a la presidencia de Brasil un hombre polifacético, político connotado y carismático, de familia importante económicamente entre los medios de comunicación impresa y con experiencia de gobierno, Fernando Collor de Melo llegó a la presidencia con popularidad y estándares de aceptabilidad entre el electorado (derrotó a Luis Ignacio Da Silva, alias Lula), pero no contaba con los actos de corrupción entre sus allegados y círculo de seguridad: los deslices de su ministra de Hacienda, Zelia Cardoso de Mello, los problemas de su hermano, Pedro Collor, y su esposa; la implementación del modelo neoliberal en la economía; los enfrentamientos con los otros dos poderes y el ejecutivo y la problemática con los partidos de oposición; lo que detonó que el presidente fuera destituido y juzgado (*Impeachment*) fue la corrupción y el tráfico de influencias (Martuscelli, 2010).¹³

Colegimos con lo anterior de que el presidencialismo ha sido analizado en diversos contextos: para unos es correcto hablar de Poder Ejecutivo, unos más con la categoría de Sistema Presidencialista o simplemente Presidencialismo; sin embargo, cada país latinoamericano ha tenido diversas cualidades de presidencialismo (como en Perú y Brasil) si los comparamos con México. Recopilamos a continuación, de un estudio realizado con antelación, la categorización del presidencialismo como fuente científica para su estudio.

¹³ “As insatisfações provocadas pela aplicação da política neoliberal repercutiram não só no plano da ação econômico-corporativa, mas também no terreno dos partidos políticos, resultando no surgimento de conflitos localizados entre o executivo e o legislativo durante o governo Collor. A centralização do poder na esfera do executivo e a concentração de poderes na área econômica foram aspectos importantes que contribuíram para elevar o grau de descontentamento dos partidos do bloco no poder em relação ao governo federal. Esse descontentamento pode ser evidenciado nas insistentes pressões desses partidos políticos por maior participação na elaboração e na implementação da política econômica e social. Ao longo dessa conjuntura, tais pressões foram acumulando-se e intensificando-se. Todavia, o governo dificultava a abertura de espaços de participação política para os partidos” (Martuscelli, 2010, p.543-544).

Cuadro 3. *Presidencialismo como sistema*

Autor	Título	Año
Daniel Cosío Villegas	El sistema político mexicano.	1972
Daniel Cosío Villegas	El estilo personal de goberna.	1974
Daniel Cosío Villegas	La sucesión presidencial.	1975
Jorge Carpizo	El presidencialismo mexicano.	1978
Omar Guerrero Orozco	La administración pública presidencial.	1980
Varios autores	El sistema presidencial mexicano.	1988
Alicia Hernández Chávez	Presidencialismo y sistema político. México y los Estados Unidos.	1994
Francisco Piñón	Presidencialismo. Estructura de poder en crisis.	1995
Giovanni Sartori	Presidencialismo y democracia.	1996
Eliseo Mendoza Berrueto	El presidencialismo mexicano. Génesis de un sistema imperfecto.	1996
Amparo Casar	Bases político-institucionales del poder presidencial en México.	1996
Ricardo Espinoza Toledo	Parlamentarismo, presidencialismo y sistema mixto.	1997
Jorge Carpizo	Renovar el presidencialismo.	1999
Carlos Casillas	¿Tiene remedio nuestro presidencialismo?	1999
Scott Morgenstern y Pilar Domingo	The Success of Presidentialism? Breaking Gridlock in Presidential Regimes.	2000
Javier Hurtado	El sistema presidencial mexicano.	2000
Universia México	Cada vez menos efectivo, el modelo presidencialista mexicano.	2005
Darío Pérez Guilhou	Presidencialismo, caudillismo y populismo.	2005
Francisco Quintero Ramos	El presidencialismo mexicano.	2006
Liébano Sáenz	La presidencia moderna. Análisis de una institución que es urgente comprender.	2006
Dieter Nohlen	El poder ejecutivo en el presidencialismo. Alternativas en debate.	2008
Ernesto Hernández Norzagaray	Presidencialismo y gobiernos estatales en México: partidos, elecciones y federalismo.	2008
Asael Mercado Maldonado y Nicolás Gallegos Magdaleno	Del presidente tlatoani al Presidente gerente.	2009
Jorge Carpizo	México: poder ejecutivo y derechos humanos, 1975-2005.	2009
Autor	Título	Año
Andrew Ellis, Jesús Orozco Enríquez y Daniel Zovatto (Coords.)	Cómo hacer que funcione el sistema presidencial.	2009

Contínúa...

Asael Mercado Maldonado y Nicolás Gallegos Magdaleno	Del presidente tlatoani al Presidente gerente.	2009
Alfredo Pérez Varela	El presidencialismo y la rendición de cuentas en el Estado mexicano.	2010
José Chanes Nieto	¿Por qué no escuchan los presidentes?	2011
Asael Mercado Maldonado, Jorge Olvera García y Omar Olvera Herreros	Presidencialismo y monarquía: ocaso y similitudes.	2011

Fuente: elaboración propia con base en Téllez Cuevas (2017).

El presidencialismo se ha desglosado a través de la evolución de otras latitudes de las naciones que cuentan con ese sistema hasta lograr categorías diversas; se retoman trabajos que hacen objetivaciones al respecto, y así tenemos al presidencialismo como influencia como eje jurídico y/o plasmando su legitimidad en torno a la Carta Magna.

Cuadro 4. Estudios sobre presidencialismo por categorías

Constitucionalismo presidencialista		
Autor	Título	Año
Jorge Moreno Collado	Constitucionalismo presidencialista o presidencialismo constitucionalista, un dilema en América Latina.	2000
Diego Valadés	La elección del presidente como parte de la renovación constitucional.	2000
Ricardo Guastini	Teoría de la constitución, Ensayos Escogidos.	2002
Jorge Reinaldo Vanossi	Estudios de Teoría Constitucional.	2002
Raymundo Gil Rendón	La nueva forma de organización del poder en México: reingeniería constitucional.	2005

Fuente: elaboración propia con base en Téllez Cuevas (2017).

Asimismo, referimos a los estudiosos que le analizan de acuerdo con casos en concreto (centrados en naciones de Latinoamérica): la mayoría realiza subdivisiones en cuanto al poder limitado o no de sus respectivos poderes ejecutivos; otros más lo han comparado en cuanto a sus objetivos y fines con el sistema parlamentario; o bien, la mezcla de regímenes mixtos o combinados de acuerdo con sus expectativas de lo que entienden como Presidencialismo en un sentido lato.

Cuadro 5. Presidencialismo en América latina y subcategorías

Presidencialismo en américa latina

<i>Autor</i>	<i>Título</i>	<i>Año</i>
Salvador Valencia Carmona,	El poder ejecutivo latinoamericano.	1979
Humberto Nogueira-Alcalá	El Presidencialismo en la práctica política.	1985
Juan Linz y Arturo Valenzuela	Mesa redonda: Presidencialismo, Semipresidencialismo y Parlamentarismo.	1989
Mario D. Serrafero	Presidencialismo y reforma política en América Latina.	1991
Dieter Nohlen	Presidencialismo vs. Parlamentarismo en América latina (notas sobre el debate actual desde una perspectiva comparada).	1991
Ricardo Haro	Presidencialismo atenuado y control en el nuevo diseño Constitucional argentino de 1994.	1994
Scott Mainwaring y Matthew Soberg Shugart	Presidencialism and democracy in Latin America.	1997
Humberto Nogueira Alcalá	Los presidencialismos puros y atenuados: los casos de Chile y Argentina.	1998
Dieter Nohlen y Mario Fernández	¿El presidente renovado? Instituciones y cambio político en América Latina.	1998
Enrique González Pedrero	Reflexiones sobre el presidencialismo en América Latina.	2000
Octavio Amorim Neto Paulo Tafner	Presidencialismo brasileiro: delegação, coordenação e conflito.	2000
Diego Valadés y José María Serna de la Garza (Coords.)	El gobierno en América Latina ¿presidencialismo o parlamentarismo?	2000
Jorge Reinaldo Vanossi	¿Régimen mixto o sistema híbrido? El nuevo presidencialismo argentino.	2000
Gary Cox y Scott Morgenstem	Reactive Assemblies and Proactive Presidents: a Typology of Latin America Presidents and Legislatures.	2000
Jorge Lanzaro (Coord.)	Tipos de Presidencialismo y Coaliciones Políticas en América Latina.	2001
Manuel Alcántara Sáez y Francisco Sánchez López	Las relaciones ejecutivo-legislativo en América latina: un análisis de la estructura de veto insistencia y control político.	2001
Franck Moderne	Les avatars du présidentielisme dans les États latinoaméricains.	2001
Jorge González Chávez	El sistema presidencial en cinco países de América.	2002
<i>Presidencialismo en américa latina</i>		
<i>Autor</i>	<i>Título</i>	<i>Año</i>

Continúa...

Lya Fernández de Mantilla	¿Presidencialismo o parlamentarismo en Colombia?	2003
Francisco Zúñiga Urbina	La gobernabilidad en el sistema presidencial: el caso en Chile.	2005
Diego Valadés	La formación del sistema presidencial latinoamericano. Un ensayo de cultura constitucional.	2008
Dieter Nohlen	El poder ejecutivo en el presidencialismo. Alternativas en debate.	2008
Jorge González Chávez	El sistema presidencial en cinco países de América.	2012

Subcategorías del presidencialismo en América Latina

División de poderes			Hiperpresidencialismo			Reforma del poder ejecutivo		
Autor	Título	Año	Autor	Título	Año	Autor	Título	Año
Manuel Alcántara Sáez y Francisco Sánchez López	Las relaciones ejecutivo-legislativo en América Latina: un análisis de la estructura de veto insistencia y control político.	2001	Ricardo Espinoza Toledo	El fin del super-presidencialismo mexicano.	1999	Humberto Nogueira Alcalá	Informe a la Comisión Especial de Modernización del Régimen Político chileno sobre el perfeccionamiento del Sistema Constitucional, con especial énfasis en el Tipo de Gobierno.	2008
Carlos Manuel Villabell Ar-mengol y Arturo Rivera Pineda	División de poderes y forma de gobierno. El presidencialismo en América Latina.	2006	Michael Penfold	La democracia sub-yugada: el Hiperpresidencialismo venezolano.	2010			
			Rogelio Núñez	Hiperpresidencialismo, el verdadero peligro para la democracia en Iberoamérica.	2010			
			Claudio Mena Villamar	Hiperpresidencialismo.	2010			

Presidencialismo y otras subcategorías

Presidencialismo y parlamentarismo	Como organización del poder
------------------------------------	-----------------------------

Continúa...

Autor	Título	Año	Autor	Título	Año
Jorge Carpizo	México: ¿Sistema presidencial o parlamentario?	1999	Humberto Nogueira	El Presidencialismo en la práctica política.	1985
Juan Linz y Arturo Valenzuela	Mesa redonda: presidencialismo, Semipresidencialismo y Parlamentarismo.	1989	Amparo Casar	Bases político-institucionales del poder presidencial en México.	1996
Dieter Nohlen	Presidencialismo versus Parla-mentarismo: dos enfoques contrapuestos.	1998	Diego Valadés	El control del poder.	1998
Lya Fernández de Mantilla	¿Presidencialismo o parlamentarismo en Colombia?	2003			

Fuente: elaboración propia con base en Téllez Cuevas (2017).

El presidencialismo ha sido estudiado en otras latitudes, como lo hemos visto en los anteriores cuadros, y también se han implementado otras categorías derivadas de la primigenia, que consideramos como subcategorías. En otro contexto, el presidencialismo ha cambiado desde un enfoque más consiente de los alcances y los cambios que ha padecido a lo largo de los últimos 150 años, no solo en nuestro país, sino también en el orbe.

Otras formas de analizar el fenómeno del presidencialismo se especifican en el siguiente cuadro:

Presidencialismo y otras subcategorías		
Autor	Título	Año
Semipresidencialismo		
Karl Loewenstein	The Presidency Outside the United States: a Study in Comparative Institutions.	1949
Raúl González Schmal	El sistema semipresidencial de Argentina y la reforma del Estado en México.	2000
Ricardo Espinoza Toledo	Sistemas parlamentario, presidencial y semipresidencial.	2001
Antonio Garrido Rubia	Semipresidencialismo y semiparlamentarismo en la II república española.	2008
Jorge Adrián Salinas Cruz	Ponencia: “Semipresidencialismo. Alternativa real para México”.	2008
Presidencialismo y división de poderes		
Miguel Carbonell y Pedro Salazar	División de poderes y régimen presidencial en México. Neoinstitucionalismo y presidencialismo.	2006

Continúa...

José Antonio Crespo	Jaque al rey. Hacia un nuevo presidencialismo en México.	1996
Manuel Palma Rangel	¿Hacia un nuevo presidencialismo mexicano? Reconstruyendo el barco en alta mar.	2000
José Francisco Parra	Liberalismo: nuevo institucionalismo y cambio político.	2005
Gonzalo Caballero Míguez	Nuevo Institucionalismo en la Ciencia Política, institucionalismo de elección racional y análisis político de costes de transición: una primera aproximación.	2007
Miguel Carbonell	¿Nueva Constitución o Reforma del Estado? Una nota sobre los contenidos.	2007
José Guadalupe Vargas Hernández	Perspectivas del Institucionalismo y Neoinstitucionalismo.	2008
Humberto Nogueira Alcalá	Informe a la Comisión Especial de Modernización del Régimen Político chileno sobre el perfeccionamiento del Sistema Constitucional, con especial énfasis en el tipo de Gobierno.	2008
Enrique Olivares	El neopresidencialismo mexicano y Enrique Peña Nieto.	2011

Fuente: Téllez Cuevas (2017).

Por tal razón, consideramos que el presidencialismo que se vivió en México (y vive, sin duda alguna) es el más depurado y *sui generis* de los demás países. Mientras que en las naciones Sud y Centro americanas –también como los países del Caribe y del Golfo de México– se debatían entre las dictaduras, Golpes de Estado y los hombres fuertes desde los años cuarenta hasta los primeros años de los ochentas –del siglo pasado–, en México a raíz de la política avilacamachista de Unidad Nacional dejó en claro que el acceso al poder se haría por y exclusivamente mediante la vía electoral y partidista.

Esta fue la diferencia que hizo de México en centro de Latinoamérica, el hermano mayor, que contaba con un sistema político seguro, fuerte y equilibrado, donde las fuerzas sociales, políticas y económicas podían confluir en un solo eje y liderazgo: el presidente de la República.

CONCLUSIONES

Hoy el sistema presidencial o gobierno presidencial, como hace 150 años, tiene un modelo propio y único en su género, ese es el presidencialismo mexicano; en él se da un equilibrio de las fuerzas políticas, sociales y hasta políticas; ha mantenido la estabilidad y la paz interna (sin importar los problemas de inseguridad y la delincuencia organizada, entre otros problemas); se conculcan los derechos ciudadanos y los derechos humanos a través de una serie de leyes de amplio espectro.

Tal vez en ellos nuestra postura no está a favor del exceso legislativo, pues un gobierno con exceso de leyes es reflejo de un mal gobierno, ya que como podemos comparar con el sistema que le diera origen al presidencialismo mexicano: el gobierno presidencial estadounidense está centrado en leyes –desde su propia Constitución Política–, error mismo del presidencialismo mexicano. En este sentido, dejó de ser un gobierno presidencial y transitó en un sistema presidencialista para pasar al sistema presidencial al presidencialismo modelo único, es decir “a la mexicana”.

Consideramos que ha dejado de ser un presidencialismo fuerte, desde no hace muchos años (desde el mandato de Ernesto Zedillo hasta el día de hoy), a un presidencialismo negociador o equilibrado en el sentido de que las fuerzas políticas –esas de las que habló Fernando La Salle como Factores reales de poder– se han mezclado con los intereses de las fuerzas económicas y las sociales que antaño estaban estáticas, y ahora se han mezclado para participar (o desean ser tomadas en cuenta y participar en las decisiones más importantes) activamente. El presidente dejó de ser el árbitro al cien por ciento en las decisiones nacionales. Ahora ese presidencialismo es compartido, pero no en la toma de decisiones más importantes. Por ello, también es un presidencialismo acotado y que dista de ser el mismo que un día se pergeñó en la tinta y papel de la Constitución estadounidense.

Actualmente en México, el presidencialismo a la mexicana se ha transformado y adecuado a las condiciones y coyunturas del nuevo tejido social para condicionarse a los embates de las nuevas necesidades del Estado, y en este sentido ha aplicado la máxima de renovarse o morir como estructura e institución, así como término mismo surgido de la pluma de un periodista elocuente y que pronosticó –sin saberlo– hace 150 años que la acuñación de un término daría vida a su sistema, tendencia y categoría científica de estudio de propios y extraños.

REFERENCIAS

1. Bagehot, Walter (1902), *Constitución inglesa* (tr. Adolfo Posada). Madrid: Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia, disponible en: https://archive.org/stream/BRes081340/BRes-081340_djvu.txt, consultado el 30 de noviembre de 2017.
2. Bagehot, Walter (1873), *The English Constitution*, 2 ed. disponible en: <http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bagehot/constitution.pdf>, consultado el 30 de noviembre de 2017.
3. Burgoa, Ignacio (1999), *Derecho Constitucional Mexicano*. México: Porrúa.
4. Ferrada Bórquez, Juan Carlos (2011). Reseña de “La Constitución inglesa” de Bagehot, Walter. *Revista de Derecho*, xxiv(1), pp. 175-176.

5. González Oropeza, Manuel (1986). El presidencialismo. Colección “*Grandes tendencias políticas contemporáneas*”, (43), pp.1-29.
6. González Oropeza, Manuel (2014). Federalismo electoral. *Este país*, 283, noviembre, disponible en: <http://archivo.estepais.com/site/2014/federalismo-electoral/>, consultado el 30 de noviembre de 2017.
7. Marcos, Patricio (1985). El sistema político de los Estados Unidos de Norteamérica. Colección “*Grandes tendencias políticas contemporáneas*”, 1, pp. 1-24.
8. Martuscelli, Danilo Enrico (2010). O PT e o impeachment de Collor. *Opinião Pública*, 16(2), pp. 542-568.
9. National Archives (s.f.). La Constitución de los Estados Unidos de América 1787, disponible en: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>, consultado el 30 de noviembre de 2017.
10. Orozco, José Luis (1986). El Estado Norteamericano, Colección “*Grandes tendencias políticas contemporáneas*”, (34), enero, pp. 1-26.
11. Sartori, Giovanni (2016). *La carrera hacia ningún lugar. Diez lecciones sobre nuestra sociedad en peligro*. México: Editorial Taurus.
12. Téllez Cuevas, Rodolfo (2009), *El papel de la masonería en la política y la administración pública mexicana*. México: Instituto de Administración.
13. Téllez Cuevas, Rodolfo (2017), “¿Aún existe el presidencialismo?: estudios sobre el presidencialismo y la reconstrucción de un concepto”. *Diotima. Revista científica de estudios transdisciplinaria*, 2(6), pp. 1-31.
14. Uribe, Enrique y Rodolfo Téllez Cuevas (2016), “El presidencialismo fuerte en México: prospectiva constitucional de un modelo de poder político”. En Enrique Uribe y Joaquín Ordóñez (Coords.), *Problemas constitucionales del México contemporáneo*, Toluca: UAEM.
15. Yocelvezky, Ricardo (1986), El sistema político británico. Colección “*Grandes tendencias políticas contemporáneas*”, (13), enero, pp 1-15.

El libre comercio a la luz de los derechos humanos. Caso: el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)

Free trade in the light of human rights. Case: the Treaty of Free Trade in North America (NAFTA)

ALMA DE LOS ÁNGELES RÍOS RUIZ*

Resumen

El contexto internacional de México busca mejor inserción mediante el TLCAN como una forma de motivar la inversión extranjera directa, impulsando con ello el desarrollo a través del crecimiento y progreso de la industria como proyección a largo plazo; sin embargo, actualmente existe una constante tensión en torno a la firma de tratados comerciales, ya que el debate entre la prevalencia de los derechos humanos y derechos comerciales persiste en el centro de las negociaciones, lo cual supone que considerar e incluir los derechos humanos en los acuerdos comerciales incita de manera constante al desarrollo económico, social e institucional, mismo que incrementa su importancia social e institucional.

Palabras clave

Tratados de libre comercio, Derechos humanos, Cláusula democrática, Desarrollo económico.

Abstract

In the international context, Mexico seeks a better insertion using NAFTA as a way to motivate foreign direct investment, driving development through growth and development of the industry as a long-term projection, although there is currently a constant tension around to the signing of commercial treaties, since the debate between the prevalence of human rights and commercial rights remains at the center of negotiations, which means that considering and including human rights in trade agreements incessantly encourages economic development, social and institutional, which increases its social and institutional importance.

Key words

Free trade agreements, Human rights, Democratic clause, Economic development.



Esta obra está bajo licencia Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0
International (CC BY-NC-SA 4.0)

*Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Correo de contacto: alma_rios_r@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

A menudo la liberalización del comercio exterior ha contribuido a estimular el desarrollo y aumentar la prosperidad, pero también el desempleo, problemas ambientales y amenazas a la seguridad alimentaria. Por lo tanto, los acuerdos de libre comercio deben diseñarse para asegurar que los efectos positivos se muestren rápidamente y tomen las disposiciones correctas para tratar los negativos.

En el marco de la globalización económica han aparecido en la escena de los derechos humanos, actores privados con capacidad para influir en la orientación de las políticas públicas estatales, especialmente en lo relativo a la privatización de los servicios públicos y la explotación de los recursos naturales, lo cual hace que a través de sus actividades tengan relación directa o indirecta con los derechos humanos (Mejía, 2009, p. 2).

En los últimos años, la Unión Europea (UE) y los Estados Unidos (EE.UU.) han realizado acuerdos de libre comercio que contienen cláusulas sobre derechos humanos. Durante los años 80 y 90, la UE, los EE. UU. y otros países desarrollados comenzaron a incorporar un lenguaje de derechos humanos flexible y no vinculante en sus Acuerdos Comerciales Preferenciales (PTA, por sus siglas en inglés), éstos son bloques comerciales que otorgan acceso preferencial a ciertos productos de los países participantes; dichas disposiciones a menudo aparecerían en el texto introductorio de la PTA o en capítulos no vinculantes (Dobson, 2017).

Canadá, México y Estados Unidos fueron los primeros países en incluir disposiciones explícitas y vinculantes sobre los derechos humanos en un acuerdo comercial. El TLCAN incluye disposiciones vinculantes respecto a los derechos laborales, acuerdos de transparencia y obligaciones de participación pública en la formulación de políticas (Dobson, 2017).

A principios de la década de 1990, los acuerdos comerciales de la UE incluyen una cláusula de derechos humanos que exige a las partes respetar los derechos humanos y principios democráticos; a partir del 11 de mayo de 1992 esta cláusula es una condición indispensable para los acuerdos concluidos por la UE con terceros Estados, a reserva de que esos tratados deban tener un ámbito general y no estar limitados a cuestiones específicas o a ciertos sectores. Dicha condición fue la razón del fracaso en 1997 de las negociaciones de la Comunidad Europea con Australia y Nueva Zelanda, puesto que no se querían someter a la cláusula de derechos humanos. En el mismo año, y por la misma cuestión, el acuerdo de libre comercio con México estuvo a punto de no firmarse de no ser porque este país aceptó en último momento someterse bajo el régimen de la cláusula democrática (Niedrist, 2011, p. 472).

Actualmente, naciones comerciales importantes del mundo incluyen disposiciones sobre derechos humanos en sus acuerdos comerciales preferenciales. La Organización Mundial del Comercio (OMC) estima que más de las tres cuartas partes de los gobiernos participan en este tipo de acuerdos con disposiciones en materia de derechos humanos, algunas de estas disposiciones son vinculantes, otros no lo son.

Hoy en día, la UE insiste en que los acuerdos de comercio, cooperación, diálogo, asociación y asociación con terceros contengan una cláusula de derechos humanos. Esta disposición también incluye cláusulas que permiten la suspensión del acuerdo comercial a raíz de una violación de los derechos humanos en un país socio. La misma, ha sido utilizada previamente contra Zimbabwe; las disposiciones de la UE en materia de derechos humanos se consideran entre las más estrictas del mundo (Dobson, 2017).

En los últimos años, las negociaciones de libre comercio han estado acompañadas por demandas para tener más en cuenta los aspectos de derechos humanos, ya que la liberalización del comercio ha demostrado que no reduce automáticamente la pobreza ni mejora el nivel de vida en los países involucrados, de hecho, hay casos en que las consecuencias de la liberalización amenazan las existencias y violan los derechos humanos, aunque la economía clásica afirma que el libre comercio mejora la situación de los países y crea la base para una prosperidad creciente.

Estos resultados se originan a partir de modelos teóricos que asumen el desempleo cero y la plena utilización de los factores de producción, aunque dicha condición no se cumple en ninguna parte, menos en los países en desarrollo (Schmieg, 2014, p.1). Si las disposiciones sobre derechos humanos se diseñan cuidadosamente pueden funcionar tanto para mejorar la gobernanza como para facultar a las personas a reclamar sus derechos; sin embargo, los responsables políticos, académicos y activistas todavía saben poco sobre los efectos de incluir disposiciones de derechos humanos en los acuerdos comerciales (Aaronson, s.f., p.443).

Recientemente existe un debate entre la relación del comercio y los derechos humanos; economistas argumentan que los derechos humanos no son tema de comercio, aunque éstos pueden tener efectos positivos en los derechos humanos. A medida que el comercio se expande, las personas intercambian ideas, tecnologías, procesos, normas y bienes culturales. Consideran que los responsables de las políticas no necesitan disposiciones de derechos humanos en los acuerdos comerciales. Sin embargo, otros analistas no están de acuerdo porque creen que los derechos humanos están vinculados a cuestiones comerciales. Al respecto, juristas encuentran un terreno común entre la OMC, el derecho mercantil y el derecho internacional de los derechos humanos, consideran que la mejor estrategia es mejorar el sistema internacional de derechos humanos con aplicaciones estrictas a los mecanismos de solución de controversias. Otros creen que la OMC debería tener disposiciones explícitas de derechos humanos. En tanto que los académicos, han utilizado estudios de casos para discutir la relación entre los acuerdos comerciales y derechos humanos específicos, tales como el derecho a la alimentación. Finalmente, algunos estudiosos han examinado como una disputa comercial que involucra los derechos humanos.

ORIGEN HISTÓRICO DE LAS CLÁUSULAS DE DERECHOS HUMANOS

Las cláusulas de derechos humanos, tal como las conocemos hoy, comenzaron a surgir y formalizarse a fines del siglo XIX. Durante este período EE.UU., RU, Australia y Canadá prohibieron el comercio de bienes fabricados mediante trabajo forzoso. Gran Bretaña también impuso requisitos antiesclavistas en algunos de sus acuerdos comerciales. En el Tratado de Versalles, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue creada para aumentar las normas laborales en todo el mundo.

Desde 1995 la UE ha implementado cláusulas de derechos humanos en su comercio internacional, lo que implica que las partes deben tomar medidas necesarias en caso de que alguna los viole. Asimismo se ha adherido a esta política con una consistencia admirable, a veces frente a la oposición.

Existen cláusulas de derechos humanos en funcionamiento para el comercio y la cooperación, mismos que cubren cerca de 120 Estados. Éstos y los recientes son llamados acuerdos mixtos, celebrados por la UE y sus Estados miembros (Bartels, 2014, p. 10).

La redacción de la cláusula de derechos humanos evolucionó durante la década de 1990 e incluso ahora varía un poco; sin embargo, es una cláusula estándar que comprende elementos esenciales de los derechos humanos y la democracia, y una *no ejecución* de cláusula que establece el mecanismo para la aplicación de medidas “en caso de que un elemento esencial” del acuerdo sea violado.

Las cláusulas pueden invocarse cuando hay violación de los derechos humanos o violación a los principios democráticos, pero la UE solo ha adoptado una medida (suspensión de ayuda al desarrollo) en respuesta a los golpes de Estado o deterioros significativos en una situación política; en efecto, es visto como cláusula política en lugar de cláusula de derechos humanos, incluso es raro que los derechos humanos *per se* se citen como una razón para la adopción de medidas apropiadas: el principal desencadenante de su aplicación es la violación de principios democráticos y el Estado de Derecho.

La cláusula democrática contenida en estos acuerdos comerciales está lejos de representar una posibilidad de protección efectiva de los derechos económicos, sociales, culturales, laborales, étnicos, ambientales, de género, de la población colombiana, por carecer de los mecanismos concretos para garantizar su preservación y promoción; tampoco existen instancias que permitirían la participación y supervisión de los órganos legislativos y de la sociedad civil, pues toda la mecánica de los tratados queda en manos de los gobiernos y del mercado (Puerto, 2010, p. 29).

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS TRATADOS COMERCIALES

En este tenor, es importante destacar que ha sido complicado que la protección de los derechos humanos encuentre un espacio adecuado en el sistema multilateral de comercio, en virtud de la poca permeabilidad del sistema autocontenido de la OMC. No obstante, en el ámbito de los tratados comerciales bilaterales, los derechos humanos representan un rol cada vez más relevante.

La inclusión de los derechos humanos constituye un factor esencial en el desarrollo económico y social de los países; además de desarrollar potencialidades humanas que confieren estabilidad social y política, lo que conduce a un régimen propicio para el flujo comercial y de capitales. Aunque, la inclusión de los derechos humanos como condicionalidades en los acuerdos comerciales puede responder a propósitos menos nobles: distorsionar los flujos de comercio y enmascarar protectionismos (Alvares, 2014, p. 490), por ejemplo, 70% de los gobiernos del mundo ahora participan en acuerdos comerciales preferenciales con requisitos de derechos humanos.

En cuanto a la protección de los derechos humanos, es obligación de los Estados hacerlo, pues dichos deberes están delineados en declaraciones o Protocolos,

como la Declaración Universal sobre el Hombre Derechos de 1948. Asimismo, es responsabilidad del Estado cumplir sus obligaciones de derechos humanos y tomar acción para proteger a los grupos vulnerables, asegurar el suministro de alimentos y mejorar el bienestar social (Alvares, 2014, p. 490).

Los acuerdos comerciales no deben afectar la capacidad del Estado para hacerlo, aunque en su mayoría las declaraciones no vinculan legalmente a los Estados miembros; por ello, para garantizar que los derechos humanos sean obligatoriamente vinculantes, algunos de los derechos humanos son integrados en los acuerdos comerciales. Debido a lo anterior, es claro que avanzar en los derechos humanos no es fácil (*cfr.* Lazo, 2010).

No se niega que el comercio entre las naciones es una herramienta fundamental para su desarrollo, solo si se realiza en un plano de igualdad real, si se toman en cuenta las condiciones de cada país y sobre todo si se constituye en un medio para lograr el bienestar general mediante el respeto y la promoción de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Las naciones desarrolladas podrían jugar un importante papel al respecto y, entre otras cosas, tendrían la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar que sus empresas que desarrollan o tienen relaciones económicas y comerciales con los países del Sur, respeten las normas internacionales de derechos humanos y no abusen de su poderío económico o de la existencia de vacíos legales en dichos países (Mejía, 2009, p. 7).

El creciente número y alcance de estos acuerdos comerciales refleja una nueva realidad: los responsables políticos entienden que la integración económica no tendrá éxito sin un mayor enfoque en la mejora de la gobernanza entre los socios comerciales, pero es una realidad que los acuerdos comerciales buscan el desarrollo de la capacidad productiva, comercial y de los flujos de inversión.

Un ejemplo actual ayuda a aclarar esta afirmación: la UE ha firmado un acuerdo comercial con el Reino de Marruecos para la explotación de pesca por parte de países de la Comunidad Europea, en cuyo artículo segundo queda estipulada una cláusula de derechos humanos. A finales de 2017 se dio a conocer el desmantelamiento a sangre y fuego de un campamento de la comunidad Saharaui, donde hubo masacres, torturas y violaciones a los derechos humanos. La respuesta inmediata de la UE debió haber sido la aplicación de la cláusula democrática y por ende la suspensión inmediata de ese acuerdo comercial, pero nada de esto sucedió, pues se impusieron las voces que dicen que allí no hubo violación de derechos humanos. No es de poca monta que países de la UE, como España, se benefician de más de 100 licencias pesqueras y sea ésta, probablemente, la razón 38 de fondo para no hacer valer la cláusula de derechos humanos. Debido a esto, la discusión que nos debe interesar ahora es si esta figura es eficaz o si es simplemente un instrumento comodín que usan los Estados para asegurar que se firmen los convenios, pero con poca posibilidad de aplicación y fuerza para hacer revertir esos procesos económicos (Puerto, 2010, p. 37).

Los procesos de integración económica que se desarrollan a escala global son una tendencia de la que el continente americano no queda excluido. El comercio entre países resulta ser una herramienta importante para el desarrollo, siempre y cuando se lleve a cabo en un plano de igualdad y funcionen como promotores de los derechos humanos y su protección, pero en nuestra región estos procesos económicos se practican inequitativamente, privilegiando a ciertos actores en el plano comercial y dejando en segundo plano el respeto y disfrute de los derechos

económicos, sociales y culturales de sectores vulnerables en los países en los que se celebran estos acuerdos.

Actualmente existe una constante tensión en torno a la firma de tratados comerciales, pues el debate entre la prevalencia de los derechos humanos y derechos comerciales permanece en el centro de las negociaciones. “El comercio entre países es una herramienta fundamental para su desarrollo si se realiza en un plano de igualdad, si se toman en cuenta las condiciones de cada uno y, sobre todo, si se constituye como un medio para lograr el respeto y la promoción de los derechos humanos” (Mejía, 2009, p. 1).

La historia de los tratados de libre comercio en el continente americano es amplia, sobre todo después del fracaso del establecimiento del Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA), acuerdo que sería la extensión del TLCAN y que ampliaría las redes comerciales de Estados Unidos con el continente.

Ante la imposibilidad de concretar este tratado, el número de acuerdos bilaterales o subregionales de libre comercio ha ido en aumento y si bien los temas económicos son el aspecto fundamental de los acuerdos, no cabe duda que éstos también consideran, aun en un plano secundario, aspectos de los derechos humanos. En América Latina dos campos son importantes en materia de protección y promoción de derechos humanos; por una parte se encuentra el impacto del libre comercio en el sector de la agricultura, puesto que este sector es fundamental para una proporción importante de la población latinoamericana y se relaciona directamente con temas de seguridad alimentaria; y por otra, los asuntos de inversiones y propiedad intelectual, temas de importancia por su relación directa con el conocimiento ancestral de los pueblos indígenas y tribales que habitan la región. Para ambos casos y para otros, la falta de una legislación justa, la diferencia en el carácter jurídico de los acuerdos aunado a la práctica de las negociaciones en situaciones de desventaja, la competencia asimétrica entre naciones y el privilegio del lucro económico por encima del interés público y el desarrollo sustentable hacen que los derechos humanos de las personas sean violentados.

Así pues, uno de los mayores retos que enfrenta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) es crear las condiciones necesarias para que la lógica del derecho mercantil de los tratados de libre comercio compagine con la protección y defensa de las libertades individuales y los derechos humanos, sobre todo cuando los poderes públicos tradicionales no son los únicos actores con la *capacidad* de violar tales derechos.

Recientemente las funciones del Estado se encuentran dispersas y el sector privado ha tomado un papel relevante en el escenario global; el poder que han acumulado estos actores, como las empresas multinacionales, hacen que el desafío del sistema interamericano de derechos humanos sea amplio. Se trata no solo de lograr que los Estados, como actores principales en las negociaciones de acuerdos comerciales, se comprometan a respetar y promover los derechos humanos, sino también a conseguir que el sector privado involucrado directa o indirectamente en las negociaciones esté igualmente comprometido.

La lógica que siguen los acuerdos y tratados de libre comercio ha provocado daños en los países en los que se implementan. Dichos efectos se centran en una degeneración del tejido social y entorno medioambiental; en este sentido, las violaciones hacia los derechos humanos y las libertades individuales de las personas son una consecuencia directa de la desregulación existente en materia dentro de los acuerdos comerciales.

A pesar de que existen mecanismos jurídicos que intentan regular la protección de los derechos humanos dentro de los tratados de libre comercio, la realidad es que estas *cláusulas democráticas* tienen solo efectos discursivos, ya que su ineficacia ha permitido que estos derechos se puedan violar arbitrariamente, priorizando intereses de minorías privilegiadas y sin que existan consecuencias para esas acciones.

La generalización y frecuencia de estas violaciones a los derechos humanos forma parte de un patrón de violencia sistemática que degenera en una serie de injusticias para los pequeños sectores que no se consideran al momento de negociar los acuerdos comerciales, pues solo los grandes grupos que poseen el poder político y económico son quienes toman las decisiones.

La principal propuesta alternativa discutida en foros y seminarios alrededor del mundo sugiere la creación de nuevas condiciones mínimas para llevar a la realidad acuerdos con contenido democrático que respeten las condiciones y necesidades específicas de cada Estado, así como de su población y del medio en el cual se desenvuelven.

Se debe colocar el debate democrático por encima de las políticas comerciales neoliberales; en este sentido, la participación y articulación de la sociedad civil organizada juega un papel fundamental para la democratización de las políticas públicas y reducción del poder económico y político que poseen grupos privilegiados.

La creación de estándares mínimos de negociación basados en la equidad e igualdad de los participantes es el primer paso dentro de la tendencia a democratizar los acuerdos comerciales; ésta demuestra que sí existen posibilidades de actuación alternativa ante la situación que prevalece. Los diferentes mecanismos de presión dependen de la inclusión de diferentes sectores en el ejercicio de decisión y también de atender a las demandas de justicia y organización que surgen al interior de los Estados para trascender de contextos generales a escenarios concretos.

Por ello, es importante señalar que el objetivo de los tratados internacionales que protegen los derechos humanos no es limitar a los Estados en las políticas públicas que éstos han de desarrollar, sino garantizar que las políticas que se plantean permitan a los individuos ejercer sus derechos. El SIDH reconoce tres etapas a través de las cuales se ha tratado de seguir este objetivo: la primera tiene que ver con las sentencias y la jurisprudencia que existe en torno a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, prevista en la Convención Americana; la segunda considera que los derechos humanos generan obligaciones *erga omnes* que los Estados deben respetar y finalmente, la tercera, posterior a la adopción de la OC-18, contempla la visión de los derechos humanos en las relaciones ente particulares.

Con estos elementos, es posible señalar que la obligación de respetar los derechos humanos radica en que el poder público se organice de tal manera que se pueda garantizar el libre ejercicio de los derechos, ampliando dicha obligación a los diferentes niveles de gobierno y en su caso, a los agentes privados. La misión de garantizar los derechos se extiende a prevenir, investigar y sancionar violaciones a los derechos o bien reparar los daños que éstas producen.

El SIDH ofrece la garantía de denunciar a un Estado ante las instancias apropiadas cuando existen elementos que demuestran una violación a los derechos humanos, pues a pesar de que éstos poseen soberanía y libertad para otorgar concesiones de diversos ámbitos a los particulares, es su responsabilidad garantizar que exista regulación apropiada y condiciones mínimas necesarias para que se lleven a cabo las acciones comprometidas con los derechos humanos.

A pesar de que el sistema interamericano tiene el respaldo de instancias a favor de los DDHH que se despliegan directamente de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y tiene un historial de trabajo continuo para proteger los derechos humanos, lo cierto es que no basta con las acciones de estos organismos para lograr una diferencia verdadera.

Ante la creciente preocupación por el aumento de los acuerdos comerciales y sus posibles consecuencias para los derechos fundamentales de los individuos, la participación de la sociedad civil organizada con monitoreos permanentes sobre la implementación de los tratados de libre comercio, así como actividades de involucramiento en las diferentes etapas de estas negociaciones puede ser una de las directrices para el respeto pleno y garantizado de estos derechos dentro de los contratos.

LAS CLÁUSULAS DE DERECHOS HUMANOS EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO DE LA UE: CASO DE MÉXICO

Las cláusulas de derechos humanos tal como las conocemos hoy comenzaron a surgir y formalizarse a fines del siglo XIX. Durante este período los EE.UU., el Reino Unido, Australia y Canadá prohibieron el comercio de bienes fabricados mediante trabajo forzoso; Gran Bretaña también impuso requisitos antiesclavistas en algunos de sus acuerdos comerciales. En el Tratado de Versalles, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue creada para aumentar las normas laborales en todo el mundo.

La firma del Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea (UE) en diciembre de 1997 tuvo oportunidades importantes para México; en primer lugar abrió la posibilidad a la diversificación de sus relaciones comerciales, mismas que hasta ese momento habían estado limitadas por su relación comercial con Estados Unidos y el TLCAN; asimismo la UE se colocó como el segundo socio comercial importante para nuestro país y permitió estrechar relaciones con el mercado más grande e integrado a nivel mundial, lo cual dio acceso a un gran número de consumidores y áreas de oportunidad.

El tratado trajo consigo no solo las disposiciones relativas a la liberalización del comercio, sino también estableció oportunidades de cooperación en distintas áreas y sobre todo destacó por “la inclusión [...] de la obligación al respeto de los derechos humanos como elemento esencial” (Gerhard, 2011, p. 464), de la misma manera en que la UE estipula esta cláusula en todos los acuerdos comerciales que ha suscrito con otros países.

La llamada “cláusula democrática de derechos humanos” ha sido incorporada en cada acuerdo firmado por la UE desde 1992; por medio de esta formalidad, las partes se comprometen a respetar los principios democráticos y los derechos humanos so pena de suspender los tratados de forma inmediata. El modelo de relación entre comercio y derechos humanos que ha diseñado la UE resulta un modelo único y novedoso en las relaciones internacionales.

La particularidad de la cláusula ha generado cierta controversia por los alcances demostrados, expertos afirman que se trata de una disposición unilateral que incluso vulnera el principio de no intervención en los asuntos internos de los países. Estos detalles llegaron a causar dificultades en la conclusión de los acuerdos, como

en el caso de México, que inicialmente se opuso a la incorporación de la cláusula democrática; desde el punto de vista pragmático:

el éxito más significativo de las cláusulas de derechos humanos corresponde a que los países que mantienen una cooperación con la Unión Europea, han aceptado su incorporación, así como también, se han comprometido a su respeto de manera obligatoria, y en caso de incumplimiento, a las sanciones y consecuencias concretas (Gerhard, 2011, p. 464).

En este sentido, es importante destacar que la credibilidad de la Unión en torno a la aplicación de las cláusulas y su inclusión en cualquier acuerdo, independientemente de su naturaleza, podrá verse favorecida si éstas fueran aplicadas imparcialmente, sin considerar solo sus intereses geoestratégicos. A juicio de algunos expertos, la creación de un mecanismo de control, evaluación y reporte del funcionamiento de las cláusulas, de la mano con una mayor transparencia por parte de la Unión podrían ser otras medidas eficaces para reforzar su propuesta de vigilancia y conservación de los derechos humanos. No obstante, las opiniones en cuanto a la factibilidad de los reportes para reflejar el verdadero estado de los derechos humanos en uno u otro país continúan siendo controversiales.

CONCLUSIONES

Es importante que los acuerdos comerciales no excluyan el vínculo de los derechos humanos en el ámbito económico, social e institucional, ya que contribuyen y aportan a la democracia. Las disposiciones sobre derechos humanos son costosas para los países en desarrollo, pues deben dedicar recursos para cumplir con las cláusulas de derechos humanos celebrados en los acuerdos comerciales.

Los formuladores de políticas, académicos y activistas deberían usar nuevas herramientas, como evaluaciones de impacto en los derechos humanos, así como conjuntos de datos ampliamente aceptados para obtener mayor comprensión de cómo hacer que el emparejamiento entre el comercio y los derechos humanos sean efectivos y duraderos. Quienes participan en las negociaciones de los TLC tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos fundamentales, ya que se puede denunciar al Estado y éste ser responsable de presuntas violaciones ante órganos del SIDH.

REFERENCIAS

1. Aaronson, Susan Ariel (s.f.). *Human Rights*, World Bank, pp. 443-466, disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/INTRANETTRADE/Resources/C21.pdf>, consultado el 19 de enero de 2018.
2. Alvares, Armando (2014). Los derechos humanos y el comercio internacional. *Revista da Universidade de Vale do Rio Verde, Três Corações*, 12(1), enero-julio, pp. 490-503.

3. Dobson, James (2017). *Trading places: human rights and trade agreements afterBrexit*, disponible en: <https://humanrights.brightblue.org.uk/blog-1/2017/4/7/trading-places-human-rights-snd-trade-agreements-after-brexit>, consultado el 19 de enero de 2018.
4. Lazo, Pablo (2010). *Los acuerdos comerciales y su relación con las normas laborales*. Estado actual del arte. Suiza: Centro Internacional para el Comercio y el Desarrollo Sostenible-International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD).
5. Mejía, Joaquín (2009). Tratados de Libre Comercio (TLC) y Derechos Humanos: un desafío para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Cejil. Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, año IV, (5), diciembre, pp. 1-12.
6. Niedrist, Gerhard (2011). Las cláusulas de Derechos Humanos en los Tratados de Libre Comercio de la Unión Europea. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XI, pp. 463-485.
7. Puerto, Miguel (2010). *Los Tratados de Libre Comercio: límites y posibilidades de la llamada Cláusula Democrática*. En Beltrán de Guevara, Sonia, Plataforma Justicia por Colombia (Coord.), *¿Los derechos humanos o el libre comercio? Estrategias para una política comercial alternativa* (pp. 35-39). As-turias: Justicia por Colombia.
8. Schmieg, Evita (2014). Human Rights and Sustainability in Free Trade Agreements. *SWP Comments* 24, (s.v.) (s.n.), pp. 1-8.

Enfoques teóricos sobre la participación política ciudadana y la democracia moderna

Theoretical approaches on citizen political participation and modern democracy

MARIO EZEQUIEL ORDOÑEZ HUERTA*

Resumen

El presente artículo analiza a la luz de discusiones teóricas y empíricas clásicas el concepto de *participación política ciudadana* como fundamento relevante de la teoría de la democracia representativa, partiendo de la revisión de estudios clásicos y destacando los cambios y reconsideraciones que se han ido incorporando al mismo a partir de la adopción generalizada de formas de participación extra-institucionales. De manera simultánea, describe de forma sintética las visiones opuestas respecto a la teoría clásica y teoría elitista de la democracia, presentes en los debates contemporáneos que sitúan a los ciudadanos al centro o al margen del proceso político y su correspondencia con la distinción entre formas convencionales y no convencionales. Finalmente, se sugieren los caminos que debe tomar la investigación latinoamericana sobre el tema, considerando las condiciones de las jóvenes democracias de la región y múltiples realidades heterogéneas que la conforman.



Esta obra está bajo licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International (CC BY-NC-SA 4.0)

Palabras clave

Participación política, Ciudadanía, Democracia, Posdemocracia.

Abstract

The present paper analyzes in the light of classic theoretical and empirical discussions the concept of citizen political participation as an important foundation of the theory of representative democracy, starting from the review of classic studies and highlighting the changes and reconsiderations that have been incorporated into it from the widespread adoption of forms of extra-institutional participation. Simultaneously, it describes in a synthetic way the opposite views regarding the classical theory and elitist theory of democracy, present in contemporary debates that place citizens at the center or on the margin of the political process and its correspondence with the distinction between conventional and unconventional forms. Finally, the paths that Latin American research should take on the subject are suggested, considering the conditions of the young democracies of the region and the multiple heterogeneous realities that make up the region.

Key words

Political participation, Citizenship, Democracy, Post-democracy.

INTRODUCCIÓN

La democracia como régimen de gobierno se asienta sobre un conjunto de presupuestos filosóficos, éticos y políticos que la sostienen y le dan fundamento a cada una de sus prácticas, normas y creencias. Las grandes discusiones de los filósofos griegos clásicos abordaron muchos de estos presupuestos como forma de estudio del comportamiento humano a nivel individual, pero con implicaciones de generalización respecto al comportamiento a nivel grupal (Sartori, 1984, p. 203).

Un fundamento basal de la teoría democrática lo constituye la ampliación de la participación política, pues la característica distintiva de esta forma de gobierno respecto a regímenes alternativos reside en la ampliación de dicha facultad al mayor número de personas dentro de una comunidad dada. Del mismo modo en que el concepto de democracia no ha significado lo mismo de una época a otra, el de participación política también ha variado en consonancia.

Así, mientras que en las comunidades griegas en las que se inventó la democracia los mecanismos de participación política sustentados en la isonomía (igualdad de derechos) e isegoría (igualdad de palabra) dotaban a la mayoría de una actividad política intensa, en los modernos estados-nación del siglo XVII la participación fue delimitada de forma contundente a razón de las dimensiones de la población, así como de su educación, estatus y economía, limitando el ámbito de la participación a unas cuantas vías legítimas de resolución de conflictos (Beneitez, 2004, p.35).

Transformaciones similares han ocurrido rumbo a finales del siglo pasado en naciones democráticas del mundo, por lo que la discusión respecto a la participación política ha vuelto a emerger en los últimos años aparejada de cuestionamientos respecto a su relación con fenómenos como la globalización, la ciudadanía mundial, el orden internacional, el Estado de Derecho, los nuevos movimientos sociales, los nuevos medios de comunicación y la desafección hacia la política (Bobbio, 2010 y Crouch, 2004).

Para explorar los cuestionamientos abiertos a inicios del presente siglo respecto a una temática ampliamente estudiada como lo es la democracia moderna, resulta ilustrativo indagar el significado y las modalidades de participación política desde la perspectiva de los estudios empíricos más importantes y su correspondencia con distintos enfoques de la democracia, cuyo objetivo es determinar la actual naturaleza del fenómeno en un contexto de globalización económica y en específico con respecto a la particular situación política que viven las jóvenes democracias de Latinoamérica.

Por esta vía estaremos en mejor condición de sopesar las transformaciones actuales en el régimen de gobierno democrático, obteniendo una mirada general del fenómeno y particularizando el contexto de las democracias latinoamericanas con respecto a las transformaciones de fin de siglo que señalan la emergencia de un estadio político *posdemocrático*, en donde los conceptos forjados originalmente bajo la teoría de la democracia moderna resultan insuficientes para identificar las problemáticas de legitimidad y gobernabilidad democrática en los estados nacionales (Monedero, 2012).

Con respecto al concepto de participación política, al revisar la literatura científica existente es posible identificar que es un concepto amplio y controversial, pero también es necesario decir que en los últimos años el fenómeno ha adquirido ciertas formas y características homogéneas en las sociedades contemporáneas, por lo que resulta ser de especial y renovado interés volver cada cierto tiempo a la temática para develar su estatus y relacionarla con fenómenos políticos vigentes.

Respecto a la participación política, cabe observar que desde que se aborda como tema central o se le relaciona con el concepto de democracia, se desestima la importancia de su discusión; la novedad de la propuesta o pertinencia del tema en el contexto de una sociedad necesitada de profundización y enraizamiento de hábitos democráticos, como la expansión de la confianza social, el respeto al estado de derecho, la libre competencia entre grupos o la aceptación de las reglas del juego democrático.

A pesar de que en México ha mejorado recientemente la celebración de elecciones, la pluralidad partidista y el equilibrio entre poderes continúa enfrentando una serie de obstáculos y resistencias para la consolidación democrática. Un indicador sugerente respecto al avance democrático, más allá de los avances en la administración y la justicia electoral, son los niveles de participación política en elecciones y movilizaciones sociales, los cuales muestran en efecto avances sustanciosos (Norris, 2002).

Ante tal panorama, el presente artículo tiene como objetivo repasar las discusiones importantes alrededor de la participación, con el fin de colocar de relieve algunos fenómenos contemporáneos que están suscitando la alteración de paradigmas políticos (Estado, poder, ciudadanía), que fundamentan el orden legal de las sociedades y están siendo subvertidos a razón de la integración económica global de las demarcaciones políticas (Salazar, 2014). Del mismo modo, es preciso añadir que esta aportación tiene como límite teórico-conceptual la *participación política ciudadana*; es decir, el ejercicio de la acción política individual o colectiva que inician los ciudadanos para incidir en la toma de decisiones gubernamentales a nivel local, estatal, nacional e internacional, por lo que quedarán fuera de este trabajo las concepciones de participación política propia de los institutos políticos profesionales y la de colectivos que en forma de grupos de interés hacen visible su voluntad a través de determinadas estrategias.

Bajo esta lógica, relacionar dicho concepto con democracia es el motivo adecuado para discutir la problemática actual de algunas libertades fundamentales que enmarcan la actuación política de los ciudadanos, utilizadas en actos informales de presión hacia poderes públicos y privados por medio de actos masivos que hoy en día han protagonizado la vida pública en México y otros países y que denotan no solo el descontento de una parte de la población nacional con la situación política, la mudanza de cultura política, sino también desde otra perspectiva, las transformaciones globales de las vías democráticas (Inglehart, 2001 y Norris, 2002).

La pregunta que guía esta investigación es ¿Cómo las formas existentes de participación política se oponen o armonizan con los fundamentos político-legales de la condición ciudadana en un Estado democrático?, en el entendido de que los mecanismos originalmente diseñados para la expresión política de los ciudadanos estaban pensados para un contexto económico, político y social que actualmente difiere del actual debido al peso preponderante en las decisiones políticas nacionales que están ejerciendo entidades político-económicas transnacionales.

LA DEMOCRACIA MODERNA Y LOS PRIMEROS ESTUDIOS

Como forma de gobierno, la democracia representativa en sus orígenes fue resultado del acuerdo entre posturas opuestas en torno a la organización del poder político. El debate original de los independentistas americanos versó entre la disyuntiva de instaurar prácticas de democracia directa frente a las propias de la democracia representativa: una fracción pugna por que los ciudadanos tomen directamente las decisiones de gobierno, la otra privilegia el que solo se ciñan a la selección de representantes que tomen dichas decisiones (Dahl, 1993, p.36-37).

En el siglo XVIII uno de los argumentos que se impuso en ese debate fue la imposibilidad de reunir en una sola asamblea a los numerosos ciudadanos de los nacientes estados-nación, por lo que la posibilidad de adoptar prácticas de democracia directa quedo atrás frente a las propias de la democracia representativa que se instituyeron como formas adecuadas, realistas y factibles para las sociedades modernas. La disputa entre *república* y *democracia* se neutralizó en el concepto de *democracia representativa*, aunque en los hechos los regímenes nacidos de las revoluciones burguesas se asimilaron a las repúblicas históricamente existentes en Roma que a las democracias de las *polis griegas* (Bobbio, 2010, p.50).

Así, con el éxito de la democracia representativa, la participación política *legal* se ciñó al ejercicio libre del voto, que en contraste con el estado de cosas pasado —constituido por el ejercicio de un poder oligárquico u monárquico que difícilmente consultaba a los gobernados sobre las decisiones colectivas—, brindó seguridad a las instituciones de gobierno emanadas de las revoluciones burguesas; no obstante, aun con este ingrediente no se conquistó fácilmente la estabilidad social.

Las páginas están llenas de la historia de occidente que describen las luchas políticas que tuvieron que realizar determinados segmentos de la sociedad para adquirir y ampliar sus derechos políticos, económicos y sociales. De ellas se puede reconocer la emergencia de los partidos políticos, la gestión de las relaciones laborales en una incipiente sociedad industrial y la generación paulatina del entramado legal que rige el actual destino de las naciones.

Bajo esta mirada cabe considerar también que el desarrollo económico alcanzado a través de la revolución industrial, a pesar de que en sus inicios aparentó ser una amenaza a la estabilidad democrática, con el paso del tiempo fue factor coadyuvante y determinante del desarrollo del régimen, tal y como ya había mostrado al hombre, la histórica relación entre comercio, desarrollo económico y desarrollo político en la polis griega, la república romana y en la edad media en las pequeñas republicas italianas (Heater, 2007).

En cuanto al estudio científico de la participación política es posible señalar que se trata de una iniciativa reciente, ya que data del siglo pasado, con orígenes en Norteamérica y rodeada de aspectos de época que explican el pujante interés por estudiar el comportamiento político; los principales son: el contexto de la guerra fría —que tuvo sus correspondientes pugnas en el desarrollo de las ciencias—, la bonanza económica sin precedentes —que alcanzó su punto álgido a mediados del siglo pasado—, el desarrollo de la estadística y las técnicas cuantitativas de investigación en las ciencias sociales y el desarrollo de los medios de comunicación —que permitieron extender la influencia de técnicas de propaganda y educación cultural—.

En los Estados Unidos los estudios respecto al voto cobraron relevancia con el fin de evaluar no tanto los niveles de participación electoral de los norteamericanos

—mismos que han sido en promedio considerables, aunque no altos— (McClosky, 1974, p.626), sino los mecanismos de intermediación social que definen a lo largo de una campaña política las preferencias de los votantes y también el grado de influencia de los medios masivos de comunicación en dichas opiniones.

Como conclusiones de los mismos, está el descubrimiento de la potencialidad del contacto humano en la persuasión para votar, pero también la incipiente influencia que en las opiniones políticas de los individuos jugarán los —para entonces— novedosos medios de comunicación: radio y televisión. (Lazarsfeld, Berelson y Gaudet, 1948 y Campbell, Gurin y Miller, 1954).

En este grupo de estudios se da por sentado que la participación política se materializa en el acto de votar, por lo que no existe una elaboración teórica que defina el termino, mientras que el foco de atención de los autores recae en otro tipo de temas como el de la formación de las opiniones, la identificación partidista, el voto según la clase social y la constitución de las actitudes políticas. Como corolario de estos estudios se obtuvieron múltiples saberes respecto al comportamiento electoral, todos ellos, por supuesto, limitados al contexto norteamericano.

En estos primeros estudios, el financiamiento para la investigación académica, público y privado, resulta fundamental para comprender porque en otros países que atravesaban por fenómenos políticos y sociales no llevaron a cabo la tarea de aplicar técnicas de investigación social a gran escala para estudiar la participación política. Además, la influencia de la corriente conductista en las ciencias sociales, proveniente de la Psicología, impregnará el desarrollo de la ciencia en la búsqueda de obtener generalizaciones basadas en la observación empírica de la realidad.

LA PARTICIPACIÓN CONVENCIONAL FRENTE A LA NO CONVENCIONAL

El ulterior desarrollo de la investigación sobre participación puede ser descrito como el paso del estudio de las actividades *convencionales* (*formales* llamadas por algunos y bajo ciertos enfoques *legales*) hacia las actividades *no convencionales* (*informales* también llamadas y en cierta medida *ilegales*). Reconocidas o no en el fondo de esta divergencia descansan visiones contrarias respecto a la naturaleza de la relación entre acción política y el *statu quo*, la una conservadora, la otra reformista o revolucionaria, como se verá a continuación.

En 1965 la variedad de caminos a través de los cuales fue posible para el ciudadano americano incidir en la política serán reseñados en el estudio de Lester Milbrath que compendia y sintetizaba estudios anteriores. Partiendo de una concepción de la actividad política como un fenómeno propio de sociedades en las que se han atendido adecuadamente sus principales necesidades básicas, desarrolla un esquema explicativo basado en una jerarquía de *compromiso político* en donde la participación política es gradual y escalonada con base en costos (Laster, 1965, p. 16).

En la base de la jerarquía se hallan actividades que demandan pocos recursos de los ciudadanos, como la exposición a estímulos políticos, votar, discutir sobre política y llevar una insignia política, mientras que al ascender en la misma encontramos actividades que requieren mayor grado de implicación por parte de los ciudadanos, tales como contactar con políticos, donar dinero a un partido o a un candidato, asistir a una reunión política, contribuir con tiempo a una campaña política, hasta llegar en los últimos escalones a actividades que demandan esfuerzos

del ciudadano promedio, entre ellos, ser miembro activo de un partido político, participar en reuniones estratégicas del partido, pedir dinero para la política, ser candidato y finalmente dirigir un partido (Laster, 1965, p. 18).

Para Milbrath, la participación política es “el comportamiento que afecta o busca afectar las decisiones del gobierno” (1965, p. 1), su visión de la participación a pesar de tratar de desligarse del enfoque electoral, termina por ceñirse al ámbito de la actividad de campaña propia del ciudadano militante; no obstante, es un enfoque pionero que reconoce a otro tipo de actividades como el *contacto con políticos* beta poco explorada por parte de la investigación social.

Años después, Verba y Nie (1972) al tratar de expandir el campo de estudio de la participación política desarrollaron una ambiciosa investigación que dio un tratamiento distinto al tema. Para ese entonces, la intuición de que numerosos descubrimientos científicos hallados en el contexto norteamericano solo tenían aplicabilidad para la política norteamericana, conduce a estos autores a expandir el instrumental de investigación científica con el fin de que sirva como base para el futuro estudio de otros países.

Teniendo como referencia un conocido estudio trasnacional centrado en el novedoso concepto de “*cultura política*” (Almond y Verba, 1989) la iniciativa politológica de los autores se desprende de las raíces psicologistas de los estudios tradicionales para enfatizar la necesidad de ver al comportamiento político en estrecha relación con las estructuras políticas en las que nace; es decir, en vincular el estudio del mismo con las instituciones políticas que definen en gran medida —activando o desarticulando—, la propensión de los ciudadanos a atender los asuntos públicos. Para ellos, la participación política puede ser definida como “esas actividades de ciudadanos privados que están más o menos directamente dirigidas a influenciar la selección de personal gubernamental y/o las acciones que ellos toman”. Bajo este término caben, además de las actividades propias de una elección (como el voto y la participación como candidato o promotor de una campaña), el ponerse en contacto con algún funcionario público y las actividades cooperativas o comunales (Verba y Nie, 1972, p. 2).

Al agregar estas últimas formas, se desprenden de la perspectiva tradicional que reducía la participación política a la actividad electoral y dan renovados bríos a la investigación empírica a la par que abren un debate respecto al fin último de las actividades que deberían de considerarse *políticas*, ya que para algunos, las actividades comunitarias al no tener un nexo directo con la actividad de los órganos de decisión política o administrativa del Estado —instituciones gubernamentales—, no deberían de ser consideradas como tales (Conge, 1988, p. 247).

Verba y Nie (1972) reconocen que al no contemplar actividades políticas *fuera del sistema*, como *manifestaciones* o acciones de *desobediencia civil*, su enfoque es limitado a las vías de influencia política legales y legítimas que están contempladas en el ordenamiento jurídico, no ignorando; por ello, la importancia que tienen las otras, pues en la época en la que escribían su investigación no solo eran frecuentes en otras latitudes, sino que incluso algunas de esas formas se comenzaban a manifestar también en los Estados Unidos.

Resulta importante considerar que el contexto en el que se desarrollan dichos estudios empíricos se encontraba ya imbuido de cambios a gran escala que experimentaron estructuras de la democracia moderna como la transformación de los partidos políticos *de masas* hacia partidos *catch-all*, el desvanecimiento de las fronteras entre clases sociales que se hace evidente sobre todo a partir de mediados del siglo xx con la institución del Estado de bienestar o la pérdida de la función pedagógica

política de los parlamentos y asociaciones políticas ante la emergencia de los sistemas de comunicación de masas (Kirchheimer, 1980, p. 331).

Agregando al contexto la particularidad histórica de los Estados Unidos de América, en donde los partidos políticos no poseen marcadas diferencias ideológicas, como en otras sociedades donde la política nunca ha sido una actividad demasiado concurrida por sus ciudadanos salvo bajo algunos episodios de su historia nacional y en donde las diferencias socioeconómicas entre grupos no son tan marcadas como las existentes en la Europa oriental y el llamado *tercer mundo*.

El punto de quiebre de esta concepción *convencionalista* respecto a la participación política proviene de los sucesos que irrumpen en la escena política de las sociedades occidentales en la década de los 60, cuando un conjunto de movimientos sociales novedosos como el feminista, el pacifista, el estudiantil y en el caso de los Estados Unidos el de los derechos civiles, muestran cómo el descenso en los índices de participación política tradicional, contrasta con la aparición de movimientos de protesta que reclaman a los gobiernos una serie de demandas vinculadas al término actualmente aceptado de *calidad de vida* (Anduiza y Bosch, 2004, p. 47).

Algunas características de dichos movimientos son: la espontaneidad de su conformación, la trascendencia de divisiones de clases sociales entre sus miembros, la reivindicación de derechos políticos ante el sistema y la utilización de novedosas formas de influencia política que en casos extremos incluso llegan a la violencia política. La profusión de ideologías libertarias es un sello de época que impregna principalmente a jóvenes y sectores liberales de la sociedad que se manifiestan en el espacio público bajo actitudes contestatarias.

Resulta sorprendente a primera vista que fenómenos de protesta ciudadana de parte de determinados colectivos aparezcan simultáneamente en distintos sistemas políticos, no siendo el caso de México una excepción, con los reclamos por mayor democracia y mejores espacios para la educación que desarrolló el movimiento estudiantil de Tlatelolco en 1968 en la Ciudad de México.

En un inicio se pensó que tales movimientos alteraban la estabilidad democrática, que eran poco proclives al desarrollo de este régimen de gobierno, y que a razón de su cercanía con el uso de la violencia, podrían desembocar en la disgregación social, la guerra civil o incluso en una revolución o en un conflicto armado. En su momento, el uso de la fuerza pública para reprimir estas expresiones denotó la incapacidad del sistema político para absorber y canalizar las demandas por las vías institucionales, lo que en ocasiones derivó en la pérdida de legitimidad de los regímenes (Touraine, 1973, p. 102).

Esta perspectiva denigrante de las nuevas expresiones de la acción colectiva influyó la investigación académica respecto a la participación, por lo que los investigadores de lo social rechazaron la importancia de las movilizaciones, minimizando sus consecuencias y reduciendo los capítulos de descontento e inconformidad a breves episodios de ruptura del orden social sin trascendencia para la posteridad. Denotaban así una postura favorable al *status quo* contraria a la objetividad científica que les debería haber caracterizado (Barnes, Kaase, et al, 1979, p. 27).

En las antípodas de esta postura, Samuel Barnes y Max Kaase traen a debate el concepto de *participación política no convencional*, el cual aglutina todas aquellas expresiones políticas ciudadanas que no se ciñen a los mecanismos formales y tradicionales de ejercicio de los derechos políticos; bajo esta perspectiva ya no se recurre al utilizado concepto de participación política, sino que se habla de acción política para definir a Todas las actividades voluntarias de los ciudadanos que intentan

influenciar directa o indirectamente elecciones políticas en distintos niveles del sistema político (Barnes, Kaase, et al., 1979, p. 42).

Bajo tal término, aglutinan expresiones y acciones como la desobediencia civil, la violencia política, las peticiones ciudadanas, las manifestaciones, los boicots, las huelgas legales e ilegales, la ocupación de edificios, los cortes de tránsito, los daños a la propiedad y la violencia personal, acciones que son recurrentes en los movimientos sociales y que en casos demuestran su eficacia al conseguir influir en las decisiones políticas. Por supuesto, muchas de estas modalidades se materializan en contextos urbanos, con jóvenes de cierto nivel de escolaridad y principalmente –aunque no únicamente– entre las enormes y crecientes clases medias (Barnes, Kaase, et al., 1979, p. 66).

Desde el punto de vista político y legal tradicional resultan ser acciones problemáticas, transgresoras del orden y del funcionamiento normal de la sociedad, pues son signo de que los mecanismos pacíficos y legítimos de resolución de diferencias han sido rechazados. Aunque también representan una respuesta colectiva a la insuficiencia del desempeño de algunas estructuras políticas y a la insatisfacción con los representantes políticos.

Algunas pueden ser basadas en el derecho de asociación y expresión de los ciudadanos, otras se hallan ante un vacío legal que respalde su actuación como es el caso de la desobediencia civil, que no encuentra sustento jurídico para respaldar el no acatamiento a las leyes y disposiciones de una autoridad instituida, las menos, lindan con el caos social, al componerse de acciones que recurren al uso de la fuerza como método de influencia política, poniendo en cuestión el monopolio legítimo del uso de la fuerza.

Cabe aclarar que el objeto de estudio de dicha investigación no lo constituyen enteramente los hechos inéditos e inesperados que fueron las manifestaciones de la primavera del 68, el mayo francés, etc., pues para la distancia transcurrida entre estos sucesos y la realización de la investigación, media un tiempo considerable (1979), por lo que es preciso indicar que el estudio se limita a indagar las actitudes hacia estas formas no convencionales de participación en las principales ciudades de algunas naciones occidentales, denominando a esta proclividad a recurrir a estas formas de participación como *potencial de protesta*.

Como resultado de esta investigación se constata el alto grado de *potencial de protesta* presente en ciudadanos de naciones como Alemania, Estados Unidos, Holanda y Austria, con lo que los autores fundamentan la hipótesis de que estas formas *no convencionales* estaban obteniendo una mayor aceptación de manera paulatina entre los ciudadanos occidentales y en una especie de prognosis social, destacan que rumbo al final del milenio estas formas de expresividad política serán más recurrentes en las sociedades democráticas (Barnes, Kaase, et al., 1979, p. 533).

Es aleccionador conocer que algunas de estas formas no convencionales de participación no son lejanas a formas de acción política existentes en sociedades latinoamericanas y de tercer mundo, en donde actos como el voto en blanco, las movilizaciones sociales e incluso la violencia política, resultan ser desde años atrás, vías recurrentes para visibilizar las demandas de amplios sectores de la población marginados del progreso y el bienestar social (Booth y Seligson, 1978, p. 4).

Desde esta perspectiva, la irrupción de estos fenómenos colectivos, bautizados como *nuevos movimientos sociales* y su relación con el ejercicio del poder, ejemplifican la ampliación del concepto de participación política, generando una serie de debates académicos que se prolongarán al menos hasta el último cuarto del siglo xx,

denotando un agotamiento de conceptos tradicionales frente a la realidad emergente.

Desde el punto de vista de la democracia, en los últimos años hemos asistido a la transformación de algunas de sus instituciones, como el caso del gobierno representativo, que desde la mirada de Manin ha cambiado en dos ocasiones a lo largo de los últimos siglos al menos desde la institución del *parlamentarismo* hasta nuestros días. El parlamentarismo como expresión rudimentaria de la democracia representativa se destaca por la elección de notables con vínculos estrechos de confianza con los electores, como uno de sus elementos diferenciadores (Manin, 1998, p. 248).

La primer transformación de la representación política se sucede con la emergencia de la llamada *democracia de masas* a finales del siglo XIX, en donde destaca la aparición de los partidos políticos como elemento interviniente en la elección de representantes, mientras que en la última transformación que él llama *democracia de audiencias*, surgida a finales del siglo XX, aparece la personalización del poder político en las elecciones gracias a que los canales de comunicación política, afectan de manera importante la función de las antiguas estructuras partidistas como vínculo entre electores y representantes (Manin, 1998, p. 287).

De manera simultánea conforme cambian las características de la sociedad, la participación política ha ido transformándose, adaptándose a las nuevas necesidades, vías y costumbres, y esto tarde o temprano se vincula con las dos posturas teóricas que se debaten la identidad de la democracia. Por una parte hallamos la perspectiva elitista que rechaza la capacidad de grandes grupos humanos de involucrarse en los asuntos políticos, a no ser solo eventualmente, mientras que por otra parte la llamada perspectiva de la ciudadanía democrática, vinculada estrechamente a la teoría clásica, promueve la capacidad de las grandes masas para incidir en política de manera constante.

Desde la perspectiva de la primer teoría, en las sociedades modernas y por consecuencia en las sociedades industriales, el simple ejercicio del sufragio universal tiene como fin colmar la necesidad de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, no solo para no sobrecargar el funcionamiento del aparato gubernamental, sino que simultáneamente como forma de liberar al ciudadano de la bochornosa y en ocasiones poco interesante tarea de atender los asuntos políticos (Schumpeter, 1983, p. 334). Bajo esta tónica, la profesionalización de la política, acorde a la emergencia de los grandes partidos de masas, llegó a satisfacer durante años esta necesidad acuciante y fundamental.

Por contraste, desde la mirada de la teoría clásica de la democracia el ciudadano tiene el deber de cumplir el papel de vigilante asiduo del poder público, a través de los derechos políticos que le otorga la constitución, pero también incidiendo de forma continua por los medios disponibles a su alcance en las decisiones tomadas por sus representantes políticos, con los que debe de mantener una comunicación continua procurando evitar que su participación se reduzca a la emisión del voto cada que hay elecciones (Rousseau, 2012).

Ambas perspectivas de la democracia pueden ser leídas como proponentes de determinadas formas de participación política, a la democracia procedimental o elitista, por ejemplo, le sería propio hacer énfasis en la participación institucional, en el voto, el contacto con funcionarios electos y en la colaboración en actividades de campaña; mientras que a la democracia sustancial o participativa le correspondería la aceptación de formas de participación extra institucionales como la firma

de peticiones, la realización de plebiscitos, referendos, consultas populares, manifestaciones públicas, e incluso protestas.

Dos aspectos son evidentes hasta aquí, el primero es que la participación política en las sociedades contemporáneas se ha diversificado y normalizando muchas de estas nuevas conductas, como métodos efectivos de influencia política ciudadana en muchos regímenes políticos. Mientras que por otra parte, al abordar la discusión entre formas convencionales vs. no convencionales, se llega directamente a abordar el tema de la legitimidad de las mismas, así como del estado *legal* que guardan con respecto al máximo ordenamiento jurídico (Bobbio, 2010).

DEMOCRACIA MODERNA Y DEMOCRACIA POSMODERNA

Desde la fundación de las primeras democracias modernas, el régimen en donde prima la consideración de las mayorías se ha venido transformando, no son los mismos los procedimientos democráticos del siglo XIX, que los existentes en el siglo XX, ni menos aún los actuales del siglo XXI, en consonancia, las formas de participar políticamente también han cambiado considerablemente (Manin, 1998). Y en este marco dos transformaciones mundiales son particularmente llamativas para todos los regímenes democráticos, incluyendo el caso de México.

La primera es la emergencia de un orden transnacional, con base en organizaciones económicas multinacionales que han minado las fronteras del estado-nación, al afectar el desarrollo de políticas nacionales a través de la *libre circulación de capitales*. La segunda es la multiplicación de instancias sociales que intervienen en la elaboración, definición y aplicación de las decisiones políticas en las democracias contemporáneas, a este respecto, la injerencia de actores económicos, mediáticos y sociales en la política democrática, con mayor peso en la toma de decisiones que los restantes actores del espectro social ponen en duda los postulados originales de igualdad política (Ferrajoli, 2014, p. 48 y Paramio, 2002).

Ante este panorama existen quienes consideran que la transformación de las condiciones económicas y sociales contemporáneas ha incidido negativamente en el desarrollo de las políticas nacionales, llevando a un retroceso las conquistas democráticas alcanzadas en siglos anteriores. Refiriendo además que los bajos indicadores de participación política electoral, el descenso en la confianza hacia los representantes políticos y el alejamiento de los ciudadanos con respecto a sus administraciones públicas denotan un panorama democrático poco alentador (Crouch, 2004 y Bovero, 2014).

De forma distinta, también hay quienes sostienen que el descenso de confianza en los representantes políticos no necesariamente pasa por el rechazo de las instituciones democráticas, además añaden que el descenso de los niveles de participación política por vías formales no representa un descenso en sí, cuando se contrasta con indicadores de participación en las mencionadas formas *no convencionales*, añadiendo a esta argumentación que incluso el aumento de naciones adherentes a la democracia como forma de gobierno en los últimos años del siglo pasado e inicios del presente contradicen la hipótesis del descenso en el compromiso cívico (Norris, 2004 y Lechner, 2002).

Así, independientemente de si se desea ver el vaso medio lleno o medio vacío, el hecho irrefutable es que estamos inmersos en una transformación del régimen democrático en donde las condiciones de las sociedades postindustriales, modifican

la esfera política de los ciudadanos. La emergencia de una economía basada en los servicios, las revoluciones en el transporte y las comunicaciones, la obtención de mayores niveles de educación y el incremento del tiempo libre, así como el cambio generacional de valores impacta directamente la naturaleza del conflicto político (Inglehart, 2001, Bell, 1976, Drucker, 1970 y Touraine, 1973).

La emergencia de instancias internacionales políticas y económicas que al día de hoy inciden en temas tan importantes como el empleo, la educación, la tecnología y el medio ambiente. Por ello, los movimientos sociales de protesta y resistencia se han ido conformando en redes internacionales con el fin de incidir de manera efectiva ante tales instancias, y aunque a primera vista pudiese parecer que estos son fenómenos propios de democracias de larga tradición, las estadísticas indican que la presencia y coordinación de estos movimientos en países en desarrollo es una realidad constatable (Norris, 2004).

Ante este entorno, los estudios sobre participación política están obligados a explicar las implicaciones que tiene para los ciudadanos en general y especialmente aquellos que no tienen vínculos con grandes grupos de interés o partidistas, el ejercicio de su participación en la toma de decisiones políticas en un contexto de globalización, sin que su papel se reduzca a la emisión del voto cada periodo electoral, la colaboración en campañas políticas cada día menos vinculadas a los miembros partidistas o al efímero y fugaz contacto directo con los representantes políticos.

También deberán tratar con el fenómeno de la apatía política que ha sido estudiado en el pasado y cuyas raíces aún prevalecen en gran parte de las sociedades, incluyendo a nuestro país, sin que las recientes reformas políticas o las campañas de civismo hayan podido revertir esta tendencia (Sabucedo, 1988). Además, el carácter de la participación en Latinoamérica aún no se desliga de antiguas caracterizaciones que denuncian el clientelismo político, la movilización gubernamental y la diferenciada intensidad con la que los diferentes estratos sociales se apropian de la participación (Booth y Seligson, 1978).

Con estos elementos, es posible identificar que aun con el descenso en la participación tradicional, el horizonte de ejercicio de la participación política en la democracia se ha ampliado. El uso de modalidades no convencionales, más que una decadencia de la orientación política de los ciudadanos, denota por una parte el desacuerdo con el funcionamiento de las vías institucionales, mientras que por otra la emergencia de nuevas formas inauguradas por una ciudadanía activa, responsable e ingeniosa que ante las limitaciones de las formas antiguas ha reinventado la forma de incidir en los representantes políticos fuera del contexto electoral.

Todavía este cambio de cultura política afecta a considerables grupos de ciudadanos con características específicas dentro de la sociedad, por lo que no se está en condiciones de generalizar la recurrencia a estos comportamientos, al menos en países como los existentes en Latinoamérica con numerosos contrastes al interior de sus fronteras nacionales. Del mismo modo, aunque se trata de aglutinar bajo el nombre de Latinoamérica a una región determinada del continente Americano, las realidades políticas insertas en esta zona del mundo bien distan entre sí de manera sustancial (política, económica y socialmente), lo que dificulta el tratamiento uniforme de la región.

CONCLUSIONES

La democracia moderna nació ligada a un conjunto de ideas que fueron producto de un largo periodo de reflexiones durante la época de la ilustración, decir que la democracia posible es la democracia representativa no es más que certificar los hechos que la historia mundial ha verificado, que el método democrático ha sido y es la vía más adecuada para dirimir los conflictos entre grupos, de manera pacífica al interior del Estado es una verdad confirmada en el último siglo. No obstante, esa concepción original ha sufrido transformaciones con el paso de los años sin perder por ello la esencia que le caracteriza. La democracia, según Norberto Bobbio, si por algo ha de distinguirse es por su carácter dinámico frente a sus principales rivales que son las autocracias, cuya naturaleza es estática; por ello es que los cambios en el abanico de las actividades de participación política no pueden ser otra cosa que un signo de vitalidad de la democracia.

En contraste, también son evidentes las tendencias mundiales de retroceso de algunas conquistas democráticas a partir de las deformaciones que el sistema de acumulación capitalista introduce en el funcionamiento de sus procesos, el peso de los grupos económicamente poderosos en las decisiones nacionales quebranta postulados esenciales como el de la paridad de la participación en las decisiones. La facilidad de coordinación entre grupos económicos internacionales en torno a intereses comunes está produciendo un vaciamiento de la esfera pública como árbitro de las relaciones sociales dentro del Estado con evidente afectación de las clases sociales más desfavorecidas.

Los ciudadanos al verse poco atendidos por las tradicionales instancias de intermediación del conflicto, como lo fueron las instituidas por el propio Estado, recurren al uso de la amenaza de la fuerza, de la desobediencia y de presión simbólica hacia los que consideran los responsables directos de las decisiones políticas instauradas, sujetos públicos y privados que ejercen notable influencia en éstas y que en ocasiones aunque no son representativos del conjunto social son económicamente poderosos.

Ahora bien, muchas de estas formas novedosas de participación política están concentradas en estratos sociales específicos, como los urbanos de clase media y media alta, lo que las hace considerablemente limitadas en el relieve social que encontramos en muchas sociedades tercermundistas, por lo que su alcance, aun con los avances de la urbanización que se han dado en los últimos años es limitado tanto en los usos como en los efectos que pueden lograr los ciudadanos que recurren a ellas.

Bajo esta óptica se entiende que fenómenos como los nuevos movimientos sociales se estructuran solo en países de primer mundo y que lleguen considerablemente a una capa urbana de países latinoamericanos y subdesarrollados, lo cual pondría en cuestión el hecho de que el arribo a nuevas condiciones de competencia democrática suscite en sí la superación de condiciones anteriores de la democracia representativa, más bien parecería fragmentar el universo político de las sociedades modernas, ahondando el problema de las desigualdades sociales.

REFERENCIAS

1. Almond, G. y Verba, S. (1989). *The civic culture: political attitudes and democracy in five nations*. United States of América: Sage publications.
2. Anduiza, E. y Bosch, A. (2004). *Comportamiento político y electoral*. Barcelona: Ariel.
3. Barnes, S. et al. (1979). *Political action: mass participation in five western democracies*. California: Sage.
4. Bell, D. (1976) *El advenimiento de la sociedad Post-industrial: un intento de prognosis social*. Madrid: Alianza editorial.
5. Beneitez, M. B. (2004). *La ciudadanía en la teoría política contemporánea: modelos propuestos y su debate*. Madrid: Universidad complutense de Madrid.
6. Bobbio, N. (2010). *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
7. Booth, J. y Seligson, M. (1978). *Political participation in Latin America*. New York: Holmes and Meier.
8. Bovero, M. (2014). ¿Crepúsculo de la democracia? En Salazar, L. (coord.). *¿Democracia o posdemocracia? Problemas de la representación política en las democracias contemporáneas*. México: Editorial Fontamara.
9. Campbell, A., Gurin, G. & Miller, W. (1954). *The voter decides*. New York: Row, Peterson & Company.
10. Conge, P. J. (1988). "The concept of political participation", *Comparative politics* 20(2), pp. 241-249.
11. Crouch, C. (2004). *Posdemocracia*. México: Taurus.
12. Dahl, R. (1993). *La democracia y sus críticos*. Barcelona: Paidós.
13. Drucker, P. (1970). *La gran ruptura, perspectivas socioeconómicas para el mundo del futuro*, México: Editorial Roble.
14. Ferrajoli, L. (2014). Crisis económica, colapso de la democracia. En Salazar, L (coord.). *¿Democracia o posdemocracia? Problemas de la representación política en las democracias contemporáneas*. México: Editorial Fontamara.
15. Heater, D. (2007). *Ciudadanía una breve historia*. Madrid: Alianza.
16. Inglehart, R. (2001). *El cambio cultural en las sociedades industrialmente avanzadas*. México: Siglo XXI.

17. Kirchheimer, O. (1980). El camino hacia el partido de todo el mundo. En Lenk, K. y Neumann F. (Eds.). *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*. Barcelona: Anagrama.
18. Lazarsfeld, P. et al. H. (1948). *The people's choice: how the voter makes up his mind in a presidential campaign*. New York: Columbia University Press.
19. Lechner, N. (2002). *Las sombras del mañana, la dimensión subjetiva de la política*, Santiago de Chile: LOM.
20. Lester, M. (1965). *Political Participation: How and Why Do People Get Involved in Politics?* Chicago: Rand McNally.
21. Manin, B. (1998). *Los principios del gobierno representativo*. Madrid: Alianza.
22. McClosky, H. (1974). Participación Política. En Sills, D. *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*. Madrid: Aguilar.
23. Monedero, J. C. (2012). ¿Posdemocracia? Frente al pesimismo de la nostalgia, el optimismo de la desobediencia. *Nueva Sociedad* (240), julio-agosto, pp. 68-86.
24. Norris, P. (2002). *Democratic Phoenix, reinventing political activism*. New York: Cambridge university press.
25. Paramio, L. (2002). La globalización y el malestar en la democracia. *Revista Internacional de Filosofía Política*, (20), pp. 5-21.
26. Rousseau, J. J. (2012). *Del contrato social*. Madrid: Alianza.
27. Sabucedo, J. M. (1988). Participación política. En Seoane, J. y Rodríguez, A. *Psicología política*. Madrid: Ediciones Pirámide S.A.
28. Salazar, L. (Coord.) (2014). *¿Democracia o posdemocracia? Problemas de la representación política en las democracias contemporáneas*. México: Editorial Fontamara.
29. Sartori, G. (1984). *La política: Lógica y método en las ciencias sociales*. México: Fondo de Cultura Económica.
30. Schumpeter, J. (1983). *Capitalismo, socialismo y democracia*. Barcelona: Orbis.
31. Touraine, A. (1973). *La sociedad post-industrial*. Barcelona: Editorial Ariel.
32. Verba, S. y Nie, N. (1972). *Participation in America: political democracy and social equality*. New York: Harper and Row.

Análisis histórico-jurídico del surgimiento de los órganos de transparencia y acceso a la información pública de México, Chile y Brasil

Historical-legal analysis of the emergence of the transparency and public information access agencies of Mexico, Chile and Brazil

JOSÉ EDGAR MARÍN PÉREZ*

Resumen

Este artículo tiene como objetivo realizar una explicación histórico-jurídica entre México, Chile y Brasil sobre la existencia de los órganos estatales encargados de promover la transparencia gubernamental y el derecho de acceso a la información pública, realizando un análisis sobre el diseño institucional de éstos, partiendo de sus atribuciones legales y contrastando estadísticas institucionales para entender cuál es la dinámica que siguen y si a la luz de su realidad sociopolítica han funcionado o no. Esta investigación está integrada por cuatro apartados, el primero analiza el concepto de transparencia gubernamental a la luz de teoría jurídico política, el segundo estudia el concepto del derecho de acceso a la información pública como derecho ciudadano, el tercero estudia el surgimiento de los órganos garantes de Transparencia y Acceso a la Información Pública en México y el cuarto expone el comparativo con los órganos garantes de transparencia y acceso a la información pública de Chile y Brasil. Se finaliza con las conclusiones. Lo anterior, con el propósito de realizar un estudio general de los contextos históricos que han detonado la creación de estas entidades públicas de rendición de cuentas.



Esta obra está bajo licencia Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0
International (CC BY-NC-SA 4.0)

Palabras clave

Transparencia gubernamental, Acceso a la información, Rendición de cuentas, Información pública.

Abstract

The purpose of this article is to make a historical – legal explanation between Mexico, Chile and Brazil, on the existence of state bodies responsible for promoting government transparency and the right of access to public information, conducting an analysis on the institutional design of these bodies, starting from its legal attributions, also contrasting some institutional statistics, in order to understand what is the dynamics that these organisms follow and whether in the light of their sociopolitical reality they have worked or not. It is composed of three sections, the first will analyze the concept of government transparency in light of political legal theory, the second will study the concept of the right of access to public information as a citizen's right, a third section where will study the emergence of the guarantor bodies of Transparency and Access to Public Information in Mexico, a fourth section where the comparison with the guarantor bodies of transparency and access to public information of Chile and Brazil and the Conclusions will be presented. The foregoing, with the purpose of carrying out a general study of the historical contexts that have triggered the creation of these public accountability entities

Key words

Government transparency, Access to information, Rendering of accounts, Public information.

*Universidad Autónoma del Estado de México, México.

Correo de contacto: angelnocturno033@hotmail.com

TRANSPARENCIA GUBERNAMENTAL

Los distintos gobiernos del orbe mundial en su constante proceso evolutivo han tenido la necesidad de replantear sus alcances y metas. Si bien es cierto que nuestro país se encuentra rezagado evolutivamente, respecto a otros sistemas de gobierno en sus distintas esferas institucionales, también lo es que el replanteamiento de la función pública en sus variables resulta ser un proceso urgente a nivel global.

Históricamente gobiernos emanados de democracias representativas han carecido de ética en sus servidores públicos, quienes por el hecho de generar algún beneficio o privilegio particular de índole económico o político para sí mismos han olvidado los valores que deben permear en el gobierno en virtud de la teoría del Contrato Social de Juan Jacobo Rousseau, la cual argumenta que debe reinar en toda sociedad que se jacte de ser democrática la transparencia, uno de los valores trascendentales.

De entrada, cuando se hace referencia a este término viene a la mente la idea de cualidad física de cuerpos cristalinos, por medio de la cual se puede observar que se encuentran íntegros, limpios y sin mancha. En el aspecto gubernamental, desde la aparición de las primeras leyes en la materia durante el siglo XVIII, la transparencia ha sido relacionada con la gobernanza y el combate a la corrupción, pero ésta es mucho más amplia, ya que es condición *sine qua non* de todo régimen con vocación democrática. En este sentido, Corona Ramírez opina que “la transparencia es un mecanismo a través del cual los ciudadanos ejercen un derecho, pero a la vez es un medio a través del cual gobiernos e instituciones justifican, evidencian, demuestran o explican su ejercicio, decisiones y acciones” (2015, p.119).

De lo expuesto, encontramos el carácter dual de la transparencia, por un lado entendida como derecho instituido en favor del gobernado, con la finalidad de involucrarlo libremente en el ejercicio de la función pública, y por el otro, como obligación legal de las entidades públicas para informar a la ciudadanía sobre el manejo de los recursos públicos y del ejercicio de sus políticas públicas traducidas en actos administrativos, con independencia de la naturaleza constitucional del ente de que se trate.

La actual configuración de los diferentes gobiernos del orbe mundial y su proceso evolutivo de la función pública ha demostrado la necesidad de replantear los alcances y las metas de éstos. Si bien es cierto que nuestro país se encuentra rezagado evolutivamente con respecto a otros sistemas de gobierno en sus distintas esferas y niveles gubernamentales, también lo es que el replanteamiento de la función pública en sus variables resulta ser un proceso urgente a nivel global. Sin embargo, la transparencia también puede ser vista como el derecho garantizado por el Estado en favor del gobernado para que a través de mecanismos de consulta (impresos y/o electrónicos) pueda acceder a la información que genera el ente gubernamental en el ejercicio de sus atribuciones; es decir, abre la pauta para un escrutinio directo por parte del elemento población respecto a la función pública.

[...] la máxima transparencia y el arraigo a la cultura de la rendición de cuentas en los diversos estamentos y niveles del gobierno es una cuestión de conciencia y compromiso con los valores y sociales pues, sin transparencia, sin acceso a la información y sin rendición de cuentas no hay democracia, no hay un correcto ejercicio del poder, no hay un adecuado desempeño del servicio público, no hay ética pública (Naessens, 2010, p. 2127).

Bajo esta tesitura, la condición contraria a la transparencia sería la opacidad, que trae consigo el escamoteo, la mentira y la falta de apertura en detrimento de la población y la propia organización de gobierno. Olavarria Gambi establece lo siguiente:

La transparencia puede ser vista como un bien público que fortalece el funcionamiento institucional, aporta legitimidad al funcionamiento del sistema democrático, a sus instituciones y a las prácticas de administración del Estado, se constituye como mecanismo de control social al establecer desincentivos a prácticas corruptas y generar una más efectiva vinculación de los ciudadanos con el Estado (2012, p. 13).

Se advierte que transparentar un Estado, es decir, abrir el panorama funcional de la gestión gubernamental de los entes investidos de poder público, a través de la información que generan éstos en el desempeño de sus actividades y poniéndola a disposición del elemento población (indicadores, cifras, ordenamientos y desarrollo de actividades y programas derivados de las políticas públicas, que en ejercicio de la obligación constitucional de planeación democrática llevan a cabo), es una tarea compleja toda vez que la cultura de la transparencia gubernamental es reciente. No obstante, la publicación de la información en una sociedad donde el desarrollo tecnológico avanza vertiginosamente y permite difundir fácilmente el cumplimiento de los objetivos institucionales de los organismos públicos; es decir, acercar la función de gobierno al ciudadano.

En esta tesitura, si el carácter público de las instituciones obedece a su establecimiento por parte del Estado para cumplir con un mandato constitucional y legal, basado en el interés de la colectividad, entonces también lo será la información que éstos generen. Cabe destacar que en México la tendencia de los últimos tres gobiernos federales ha estado orientada a la apertura del aparato estatal con miras a fortalecer la cultura de transparencia, cuya finalidad es generar un instrumento importante para tratar de medir el nivel de corrupción del gobierno. Por ello, en las entidades federativas el avance se ha dado de forma gradual ya que paulatinamente existe una tendencia inspiradora bajo este proceso de mejora gubernamental.

En este sentido, en el mundo contemporáneo la tendencia de la administración pública ha sido transitar hacia la apertura del aparato estatal con miras a fortalecer la cultura de la transparencia, generando un instrumento importante para tratar de medir el nivel de corrupción en el gobierno, pero aún continúa la pregunta ¿qué es la Transparencia?, al respecto Rodolfo Vergara establece:

Cuando hablamos de transparencia en el gobierno nos referimos a organizaciones públicas que informan a la sociedad sobre sus criterios de decisión, sus procesos, sus rutinas y sus resultados. Cuando pedimos que el gobierno sea transparente, estamos solicitando que las organizaciones que conforman el gobierno hagan del dominio público información con la cual diseñan, ponen en práctica y evalúan las políticas públicas que están bajo su responsabilidad (2007, p. 9).

Se advierte que transparentar un Estado es abrir el panorama funcional de la gestión gubernamental de los entes investidos de poder público a través de la información que éstos generan en el desempeño de sus actividades y poniéndola a disposición de la ciudadanía. Transparentar información (estados financieros, salarios de servidores públicos, indicadores, cifras, ordenamientos, desarrollo de actividades de

políticas públicas, entre otros tipos) establece una tarea compleja toda vez que la cultura de la transparencia gubernamental es reciente y en latitudes del orbe mundial incipiente; Barrera Zapata establece:

[...] vista desde la óptica gubernamental, la transparencia puede definirse como la obligación jurídica que tiene un gobierno para generar o resguardar archivos con evidencias documentales de su gestión, que contenga información de calidad y facilitar su acceso a cualquier persona, por medios tradicionales o electrónicos, respetando el derecho que tienen para acceder a dicha información. Desde el punto de vista del ciudadano, la transparencia se definiría como la obligación gubernamental de respetar el derecho de acceso a la información y proporcionar aquella información de calidad, que genera y conserva, mediante diversos medios que faciliten el acceso a cualquier persona, sin restricciones (2010, p. 51).

Se interpreta que la transparencia en su carácter de concepto teórico obtiene un valor como obligación de doble matiz, mientras que para el gobierno es una obligación de hacer y una responsabilidad que se actualiza en cada petición de la ciudadanía; es esta última concepción la que se presenta ávida de hacer valer su derecho constitucional de acceso a la información pública. No obstante, la publicación de la información en una sociedad donde el desarrollo de la tecnología avanza vertiginosamente permite difundir el cumplimiento de los objetivos institucionales de los organismos públicos. Es decir, si el carácter público de las instituciones obedece a su establecimiento por parte del Estado para cumplir con un mandato legal basado en el interés de la colectividad, también lo será la información que éstos generen; Jacqueline Peschard opina:

[...] la transparencia es una condición necesaria para que el imperio de la ley y la rendición de cuentas sea una realidad, porque ayuda a identificar puntualmente por vía de la difusión de la información, si las decisiones, acciones y políticas públicas se apegan puntualmente a las normas legales correspondientes y si los gobernantes responden ante sus gobernados, o sea, si guían sus decisiones en función de las necesidades de la población y de los compromisos que asumieron frente a ella al tomar posesión de sus cargos. Es por ello que no hay poder legítimo y democrático si su ejercicio no se rige por el código de la transparencia (2007, p. 12).

Con base en lo anterior, se advierte que en México, desde la creación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental en 2002, se estableció que los Sujetos Obligados por ésta Ley deberán tener en sus portales web institucionales un catálogo de información pública de oficio, el cual tiene que contar con información permanente y actualizada periódicamente, cuya finalidad es transparentar la gestión pública del ente gubernamental, siendo de lo más diversa, ya que recoge los estados financieros de la entidad pública, el marco normativo, el directorio de servidores públicos, las adquisiciones, el catálogo de beneficiarios, el catálogo de percepciones de los servidores públicos, entre otras obligaciones, pues esta publicación representa una ventana importante para tener un panorama de cómo se encuentra trabajando una institución pública.

Bajo esta óptica, la implementación de herramientas, como las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC's), propicia que la ciudadanía tenga acceso a la

información de las entidades gubernamentales. Asimismo, es importante mencionar que la transparencia gubernamental ha encontrado en el *patrimonialismo de la información* un obstáculo para su consolidación como baluarte de la función pública, dicha conducta trae aparejada la idea de que el servidor público que genera la información es dueño de ella y ha causado que la opacidad se haya enquistado en la acción de gobierno.

Si la transparencia gubernamental rompe con dichas desviaciones, entonces podrá caminar hacia su culturalización social, lo cual permitirá vencer vicios que han hecho de nuestro país un paraíso para la corrupción, tal y como lo demuestran estudios como la métrica emitida anualmente por el Transparency International,¹ donde nos encontramos reprobados.

La transparencia de la información pública tiene particular importancia en el estado democrático de derecho debido a que es una consecuencia política del ejercicio de la libertad individual de *ser informado*. En los estados democráticos² la libre discusión es un componente jurídico previo a la toma de decisión que afecta a la colectividad y es imprescindible para su legitimación; sobre este proceso evolutivo, Luna opina:

[...] en la actualidad cuando se habla del concepto de transparencia, se hace referencia a la apertura de normas, de comportamientos, actos de gobierno y de quienes los efectúan. El término responde a las diferentes necesidades del Estado de comunicar información a la sociedad, pero también de garantizar el acceso libre de los ciudadanos a ella, ya sea sobre procesos, documentos, datos, acciones, decisiones, proyectos, etc. (2012, p. 12).

Bajo esta perspectiva, se destaca que el papel del Estado contemporáneo es garantizar la difusión de información, ya que este proceso es esencial en cualquier país que se precie de ser democrático. De esta manera, la transparencia busca un cauce legal a través del orden jurídico, los Estados democráticos en su mayoría han constitucionalizado el principio de máxima publicidad a ser respetado por parte de los organismos públicos, por lo que el sigilo respecto a la información debe ser excepcional y justificado (causas de clasificación). Se concluye que la transparencia se encuentra integrada por el principio de máxima publicidad conjugado con el derecho a la información.

El Estado democrático de derecho, debe ser humanista por definición, ninguna de sus actividades y, por ende, ninguna de las atribuciones de sus órganos, puede ser ajena a la protección y desarrollo de los derechos de los habitantes. De esta manera, toda la actividad estatal -desde su proyección constitucional hasta sus pormenores legislativos y reglamentarios- debe ser orientada por la cauda de los derechos esenciales que por la vía del derecho se deben proteger y auspiciar (Uribe, 2010, p. 20).

1 Según el estudio anual emitido por Transparency International, edición 2016, México se ubicó en el lugar 123 de los países con mayor corrupción, de un total de 176 naciones evaluadas y reprobado con una calificación de 30 puntos en una escala de 100, disponible en: http://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#table

2 El uso en este artículo del término *Estado(s) democrático(s)* se sustenta en los datos proporcionados por el Índice de Democracia 2016, emitido por la revista británica *The Economist*, disponible en: https://www.eiu.com/public/tropical_report.aspx?campaignid=DemocracyIndex2016

Se puede afirmar que la transparencia en su carácter dual, es decir, como obligación institucional y derecho fundamental, requiere de la creación de órganos del Estado independientes y con naturaleza garantista que promuevan la transparencia en el actuar de las autoridades, más allá de los fines éticos de buen gobierno y como parte del proceso democratizador de la sociedad, aunado a que la transparencia gubernamental coadyuva en fortalecer el proceso legal por el que se decanta la voluntad democrática y por el que los órganos del Estado manifiestan su responsabilidad por contribuir a la cultura de la legalidad.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Antes de abordar esta temática es importante citar los antecedentes históricos del mismo para situar en un plano objetivo y claro sus orígenes, conceptos y resultados a través del tiempo. En 1948, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, apareció el concepto de Derecho a la Información, el cual nació como respuesta a los conceptos de libertad de expresión o de imprenta, que resultaban insuficientes para comprender y dar solución a la amplia y compleja actividad informativa. A partir del artículo 19, que a la letra dice: “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” (Naciones Unidas, s.f.) se desprende el cúmulo de derechos que integran el contenido del Derecho de Acceso a la Información, entre ellos: derecho a no ser molestado a causa de las opiniones; derecho a investigar opiniones; derecho a recibir informaciones; derecho a recibir opiniones; derecho a difundir informaciones y derecho a difundir opiniones. Por lo que se infiere un conjunto de tres facultades interrelacionadas: difundir, investigar y recibir información agrupada en dos vertientes, a saber: el derecho a informar y el derecho a ser informado. Sánchez Areal (en Hermosillo Marín y Herrera Meraz, 2008) entiende el Derecho a la Información como:

una disciplina jurídica, que nace ante la necesidad de reglamentar y organizar el ejercicio de un derecho natural del hombre, define así a este derecho como el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto la tutela, reglamentación y delimitación del derecho a obtener y difundir ideas, opiniones y hechos notorios” (p. 32)

Este derecho conlleva la facultad que tiene toda persona, incluyendo a las personas jurídico colectivas para acceder a la información pública generada, o en poder de entes que realizan una función pública.

Actualmente el Derecho a la Información, o lo que de manera pragmática engloba lo que es el Derecho de Acceso a ésta, constituye por sí mismo una nueva rama de la disciplina jurídica, con respecto a otras que son consideradas clásicas dentro del Derecho; Villanueva considera el Derecho a la Información como una: “[...] rama del Derecho Público que tiene por objeto el estudio de las normas jurídi-

cas que regulen los alcances y los límites del ejercicio en las libertades de expresión y de información a través de cualquier medio” (1999, p. 10).

El Derecho a la Información es una disciplina jurídica joven dentro del amplio mundo jurídico, su origen es el Derecho Constitucional y los Derechos Humanos que comprende, entre otras cosas, el estudio y la tutela del derecho a la imagen propia, derecho a la intimidad y la vida privada, el derecho en Internet, derecho de la radio, televisión y cinematografía, derecho de imprenta, expresión, deontología informativa y ética periodística, secreto profesional del periodista y el Derecho de Acceso a la Información. Por ello, se debe abordar el Derecho a la Información como una institución amplia y con un horizonte teórico y doctrinal dentro de las Ciencias Sociales, ya que en esta materia convergen los derechos de orden civil, político y humano en un sentido de legalidad y cumplimiento con las directrices constitucionales que enmarcan la vida pública de los gobiernos y las sociedades actuales. Se puede afirmar que el Derecho de Acceso a la Información Pública considera que ésta forma parte del discurso político-administrativo de las instituciones públicas, legitimadas por parte del Estado para desarrollar sus tareas fundamentales.

Dicho discurso debe estar apegado a la naturaleza humana, es decir, reconociéndolo como valor o premisa fundamental en favor del individuo o gobernado, pero sin perder de óptica la realidad política imperante en el Estado. Si bien es cierto que el contexto social determina en gran parte el desarrollo pleno de las libertades, también lo es que el proceso comunicativo, surgido a partir del derecho a informar y ser informado, no puede ni debe verse limitado por autoridad alguna. Por lo que, con independencia de que existan movimientos políticos, revoluciones sociales o culturales, o fenómenos económicos, el derecho de acceso a la información como producto de una acción comunicativa del poder hacia los ciudadanos⁴ debe mantenerse inamovible e inmutable.

Entonces surge la pregunta ¿El derecho de acceso a la información ayuda a legitimar o consolidar un gobierno o proyecto de administración pública? La respuesta bajo la experiencia social de los últimos quince años en México indica que sí, ya que derivado del proceso de apertura informativa por parte del gobierno, el ciudadano se ve beneficiado de la información pública que le es ministrada por las instituciones y los órganos garantes de transparencia y acceso a la información pública, creando con ello un proceso secuencial en el que las instituciones también se ven fortalecidas al brindar información, legitimando no solo el discurso del aparato estatal, sino de la gestión pública en su conjunto, es decir, que coadyuva al fortalecimiento de administraciones y sistemas, generando un clima de mayor gobernanza y apertura público-institucional.

4 Aseveración sustentada en los postulados de Jürgen Habermas expuestos en “*Teoría de la Acción Comunicativa*”.

SURGIMIENTO DE LOS ÓRGANOS GARANTES DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN MÉXICO A LA LUZ DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN LA MATERIA Y DE LA EMI- SIÓN DE LA LEY GENERAL EN LA MATERIA

El objetivo de este apartado es estudiar el origen, desarrollo y evolución de los organismos garantes de transparencia y acceso a la información pública en México. Normalmente la construcción de las instituciones en este país se ha dado a través de las reformas impulsadas por el Poder Legislativo Nacional, pero existe una problemática social que atender de manera preponderante. De manera general, esa construcción jurídica se origina en la base del sistema jurídico-político de México, pero en materia de transparencia no sucedió así, ya que a partir del régimen de transparencia gubernamental a nivel nacional surgió de la emisión en 2002 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Si bien es cierto que el derecho a la información se encontraba consagrado en el artículo 6 de la Carta Magna, a partir de la reforma política de 1977-1978 este artículo no preveía un método para el ejercicio de este derecho, órgano garante, medios de impugnación frente a negativas de la institución gubernamental para brindar la información solicitada y los mecanismos jurídico-institucionales necesarios para ser justiciable el derecho de acceso a la información y de manera prioritaria la Transparencia Gubernamental.

Lo anterior se justifica toda vez que siendo el combate a la corrupción uno de los principales postulados del Estado de Derecho de las administraciones de la tercera parte del siglo XX y de estos primeros 17 años del siglo XXI, resultó fundamental que México contara con mecanismos para garantizar el derecho y la obligación de las instituciones públicas en pro de la consolidación de la cultura de rendición de cuentas.

En este contexto, la reforma constitucional de 2007 incorporó entre otras cosas el reconocimiento constitucional del derecho fundamental de acceso a la información, que pudiera traducirse en las prerrogativas de mantenerse informado e informar, así como la transparencia gubernamental con la finalidad de que el ciudadano realice en el ámbito individual una actividad de fiscalización personalísima de la función pública, traducida en datos públicos.

Luego de siete años del desarrollo del Acceso a la Información y la Transparencia Gubernamental, a través de la implementación de un esquema nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, vigilado por los órganos garantes de transparencia y acceso a la información, como el Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos (IFAI), hoy Instituto Nacional de Acceso a la Información y Protección de Datos (INAI), así como de los órganos garantes de las entidades federativas, es importante resaltar el desarrollo de estas instituciones públicas bajo un ámbito de rendición de cuentas, lo cual ha llevado al posicionamiento de este derecho y esta obligación al interior de los sujetos obligados, reconociendo que en ocasiones este proceso ha sido paulatino y que por medio de un esfuerzo de individuos, instituciones, sujetos obligados y sociedad civil organizada se han sentado las bases de esta nueva perspectiva.

Dentro de esa dinámica jurídica-social e institucional de la transparencia surgió, del mismo modo, la materia de protección de datos personales, la cual, si bien es cierto no cobra relevancia pragmática para el desarrollo de la presente investigación, es pertinente redactar algunas líneas sobre dicha materia.

En este devenir histórico en el que por años se debatió en la academia, sociedad civil organizada y órganos de representación política nacional (Cámara de Diputados Federal y Senado de la República) en pro de la autonomía constitucional del otrora IFAI, hoy INAI, y de transparentar los recursos públicos e información que generan otros organismos en el ejercicio de sus funciones (sindicatos, partidos políticos de forma directa -ya no así indirecta-, fideicomisos privados o toda persona jurídico colectiva que reciba recursos del erario público o ejerza actos de autoridad), y después de un constante intercambio de ideas, el 7 de febrero de 2014 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) una nueva reforma al artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siendo la última hasta ahora.

Posterior a esta reforma, resultaba oportuno contar con una ley *marco* que condensara lo establecido en el artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, buscando el cumplimiento a las aspiraciones de dicho precepto, homologando el ejercicio del derecho de acceso a la información a nivel nacional, así como el cumplimiento irrestricto de las obligaciones en materia de transparencia, estableciendo una serie de máximos y mínimos para el cumplimiento de la publicación de la información pública de oficio por parte de los sujetos obligados. Esta Ley General fue publicada a través del DOF el 4 de mayo de 2015.

COMPARATIVO CON LOS ÓRGANOS GARANTES DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE CHILE Y BRASIL

La realidad sociopolítica de México frente a Brasil y Chile ha sido diversa toda vez que aunque los tres países forman parte de América Latina, su contexto histórico es diferente. Por lo que respecta a México, su historia institucional emanó de una revolución social y del entramado organizacional que establecieron los gobiernos del Partido Revolucionario Institucional (PRI) durante 81 años, y que con el arribo por primera vez en 2000 de un gobierno del Partido Acción Nacional (PAN), la transparencia y el acceso a la información pública se convirtieron en exigencias sociales nacionales e internacionales que propiciaron la creación de las instituciones administrativas y legales para hacer justiciable, por un lado, el derecho de acceso a la información pública y exigible la transparencia gubernamental.

Desde 2002 México ha experimentado una transformación respecto a la acción de gobierno con la creación de un sistema nacional de transparencia que ha ido reproduciéndose en las entidades federativas.

Las reformas que ha habido, como la de 2007-2008 y la última de febrero de 2015, han sumado a sus avances el establecimiento de un sistema estatal para el ejercicio de la autodeterminación informativa (protección de datos personales).

El Órgano de Transparencia en México es el Sistema Nacional de Transparencia, al que se integraron de manera voluntaria los órganos garantes locales de transparencia y acceso a la información pública, abonando a la construcción de un espacio de intercambio de experiencias, reflexión, análisis y cooperación interinstitucional llamado Conferencia Mexicana para el Acceso a la Información Pública, constituido el 16 de junio de 2004 con la participación del entonces IFAI (hoy INAI) y ocho órganos garantes estatales. El acta constitutiva tuvo como testigos al Mau-

ricio Merino Huerta, profesor investigador del Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE) y al Ernesto Villanueva Villanueva, profesor investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Paulatinamente, y a lo largo de las subsecuentes reuniones, fueron integrándose los demás órganos garantes locales hasta que se tuvo una totalidad de 33 instituciones (32 órganos garantes locales y el entonces IFAI); este organismo está encargado de:

- Garantizar el derecho de acceso de las personas a la información pública gubernamental.
- Proteger los datos personales que están en manos tanto del gobierno federal como de los particulares.
- Resolver sobre las negativas de acceso a la información que las dependencias o entidades del gobierno federal hayan formulado (DOF, 2016).

A partir de la entrada en vigor de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (12 de junio de 2003) más de 240 dependencias y entidades del gobierno federal tienen la obligación de responder a solicitudes de información bajo la vigilancia del ifai. Promueve la recepción de estas solicitudes a través de internet, mediante el sistema INFOMEX.

Actualmente, este organismo cuenta con una filosofía de servicio que contempla una misión, trabajar para garantizar el derecho de los ciudadanos a la información pública gubernamental y a la privacidad de sus datos personales, así como para promover en la sociedad y en el gobierno la cultura del acceso a la información, la rendición de cuentas y el derecho a la privacidad” y una visión, ésta se centra en el fortalecimiento y perfeccionamiento de acciones que realiza el Instituto, a fin de que sea eficaz en el desempeño de su responsabilidad pública (SNT).

CASO CHILE

Esta nación, que también a finales del siglo xx derrocó el régimen militar de Salvador Allende, comenzó una etapa de transición y apertura democrática a partir de la Constitución de 1980, auspiciada por Augusto Pinochet, hecho que fue parteaguas para la modificación en años recientes del marco legal chileno que ampara, entre otras garantías, la del acceso a la información pública y a la transparencia en el manejo de los recursos públicos. La exigencia social, la apertura económica y comercial fueron detonantes en la transformación democrática chilena después de los escándalos en los que se vio envuelto el mandatario Pinochet.

Bajo el gobierno de Michelle Bachelet se ha consolidado el amparo estatal de políticas pro transparencia; en 2005 se impulsó la apertura de la declaración patrimonial y conflictos de interés, la regulación del *lobby* y el acceso a la información del Estado; no obstante, la alternancia entre Piñera y Bachellet, quien resultó reelecta en 2014, destapó actos de corrupción, contra lo cual se han implementado políticas incrementales en aras de abatir la corrupción y hacer trasparente el manejo de los recursos públicos.

En el caso de Chile nos encontramos una política de transparencia impulsada desde el gobierno central, mientras que en México la transparencia ha sido genera-

da en replicabilidad de la federación a los gobiernos subnacionales y paulatinamente al ámbito local.

El Consejo para la Transparencia es el organismo encargado de la transparencia en Chile, se trata de una corporación autónoma de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio, creado por la ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información del Administración del Estado. Su principal labor es velar por el cumplimiento de dicha ley, promulgada el 20 de agosto de 2008 y vigente desde el 20 de abril de 2009. Asimismo está encargado de promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado y garantizar el derecho de acceso a la información pública; es decir, es la institución encargada de hacer cumplir las disposiciones de la Ley de Transparencia y amparar el derecho de los particulares.

Para el trámite de las solicitudes, es esencial que primero se solicite directamente la información al organismo público que la tiene; el Consejo solo actúa como una especie de segunda instancia (CPLT).

CASO BRASIL

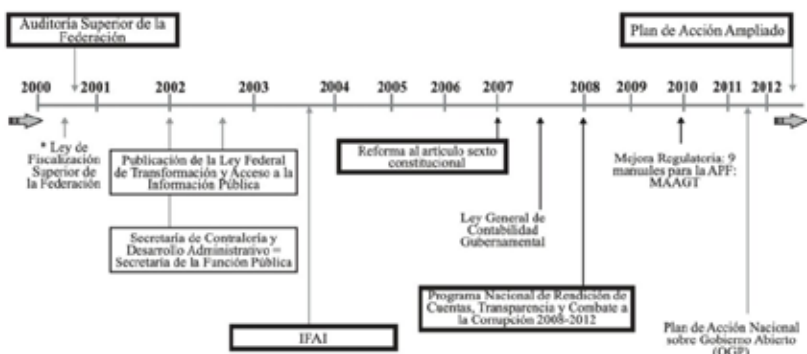
Brasil tiene una República Federativa similar al caso mexicano, no obstante, como en el caso de Chile, la política de transparencia ha sido impulsada también por la presión de la ciudadanía para conocer los asuntos públicos.

En el año 2011 la presidenta Rousseff sancionó la ley de Libre Acceso a la Información Pública y la ley que crea la Comisión Nacional de la Verdad, para investigar las violaciones de derechos humanos cometidas por agentes del Estado brasileño, entre las décadas de los años cuarenta y los años ochenta, es decir desde la renuncia a la que fue forzado Getulio Vargas, que abrió paso a la llamada República Nueva (1945-1964), hasta la Constitución de 1988, que cerró definitivamente el período de la dictadura militar (1964-1985) (Sweig, 2014, p. 23).

Entre los ordenamientos que destacan el acceso a la información se encuentra la Ley de Acceso a la Información Pública de 18 de noviembre de 2011, la cual se guía por los principios de máxima publicidad de la administración pública. El secreto es la excepción; en este sentido, el artículo 3 del ordenamiento citado establece las siguientes directrices estratégicas:

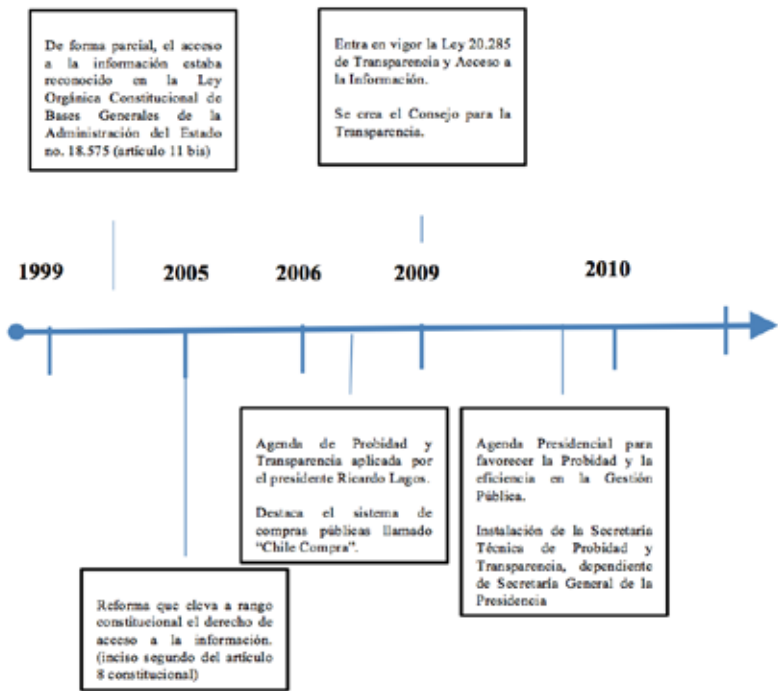
- Divulgación de información de interés público, independientemente de las solicitudes.
- Uso de los medios de comunicación posible gracias a la tecnología de la información.
- Fomentar el desarrollo de una cultura de transparencia en la administración pública.
- Desarrollo del control social de la gestión pública. (Constituição da República Federativa do Brasil).

Figura 1. Relación temporal de la transparencia en México



Fuente: Mesina Ramírez (2013).

Figura 2. Relación temporal de la transparencia en Chile



Fuente: elaboración propia con base en Sousa Oliva (2010).

Figura 3. Relación temporal de la transparencia en Brasil



Fuente: Mesina Ramírez (2013).

CONCLUSIONES

La comparación histórica de políticas públicas tiene como finalidad realizar una prospectiva del diseño, desarrollo, implementación y evaluación de políticas gubernamentales para la satisfacción de necesidades sociales. En este orden de ideas, históricamente la creación de los organismos de transparencia y acceso a la información pública en México, Brasil y Chile, respectivamente, ha sido desarrollada con la finalidad de hacer exigible el cumplimiento de las obligaciones de transparencia; es decir, a través de la publicación de información relacionada con el acontecer gubernamental, mientras que en el caso del derecho fundamental de acceso a la información pública, la labor desarrollada por estos organismos ha obedecido a cumplir con la aspiración social de hacer justiciable este derecho. Por lo tanto, resulta fundamental advertir que el desarrollo de estas entidades públicas ha tenido como punto de partida la creación de leyes de transparencia y acceso a la información en los tres países.

Dicha premisa es fundamental, ya que para realizar un análisis exhaustivo de las políticas públicas estatales, que han detonado la creación de organismos garantes en materia de transparencia y acceso a la información, debe resaltarse que el contexto histórico de los países en estudio ha sido diverso.

En el caso de México, la realidad social del arribo a la transparencia y el acceso a la información pública ha transitado bajo un esquema presidencial a ultranza, mismo que después de la elección del 2000 dio muestras de una aspiración tendiente a la apertura de la función pública, producto de la participación de la sociedad civil en coordinación con el gobierno federal, situación que paulatinamente ha permeado en el ambiente político-administrativo de dicha nación. Sin embargo, aunque en el caso chileno y brasileño, respectivamente, en materia de transparencia y acceso a la información pública, la conformación de sus entidades públicas en la materia fue producto de la experiencia vívida posterior a los gobiernos de corte militar, en ambos países los avances institucionales han sido plausibles, incluso dando muestra de que con independencia de la organización administrativa

entre uno y otro, recordando que la forma de organización administrativa brasileña es federalista y la chilena centralista. En ambas naciones el mejoramiento institucional ha sido constante.

En esta tesitura, México también ha sido participe de un diseño y mejoramiento constante de los organismos de transparencia y acceso a la información, a través de la creación del INAI, antes IFAI, quién tiene la tarea de ser la entidad pública, organismo que dirige el reciente Sistema Nacional de Transparencia, vinculando con los órganos garantes de transparencia y acceso a la información pública de las entidades federativas mexicanas.

No obstante, los avances en México respecto a la materia han quedado por debajo de los esfuerzos brasileños y chilenos en su conjunto, ya que en el primer país, la labor se realiza de forma coordinada por dichas entidades y el congreso, llevando a la destitución de una presidenta por acusaciones de corrupción, mientras que en el caso chileno ha llevado a la transición democrática y pacífica entre gobiernos emanados de distintas fuerzas políticas.

Se resalta que en el caso brasileño y chileno una constante plausible ha sido la incorporación de la sociedad civil organizada al proceso de diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas, llevadas a cabo por los órganos de transparencia y acceso a la información pública, lo que ha permitido detonar no solo ambas instituciones, sino también dar paso al desarrollo del gobierno abierto.

Bajo esta óptica, uno de los retos más importantes que tienen el INAI y los organismos garantes en estudio es incorporar a la sociedad civil en el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas estatales de transparencia y acceso a la información, teniendo como finalidad última el gestar una verdadera cultura de rendición de cuentas.

Finalmente, el estudio de las políticas públicas comparadas en materia de transparencia y acceso a la información pública constituye una amplia herramienta que si bien no resulta ser una panacea para solucionar los problemas que tiene México sí representa un paso hacia adelante en busca de la gobernabilidad democrática a la que aspiramos.

REFERENCIAS

1. Barrera Zapata, R. (2010). *Una transparencia dolorosa, La gestión pública de la transparencia y el acceso a la información en el Estado de México 2004-2008*. México: Instituto de Administración Pública del Estado de México A.C. (IAPEM).
2. Cámara de Diputados, H. Congreso de la Unión LXIII. (4 de mayo de 2015) Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf>, consultado el 03 de septiembre de 2015.
3. Consejo para la Transparencia (s.f.) ¿Qué es el CPLT?, disponible en: <http://www.consejotransparencia.cl/quienes-somos/consejo/2012-12-18/190048.html>, consultado el 14 de junio de 2017.

4. Corona Ramírez, U. (2015). *El Cotidiano*, (190) enero-abril, pp. 119-122.
5. Habermas, J. (1993). *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Madrid: Taurus.
6. Hermosillo Marín, R. G., Herrera Meraz, C. (2008). *Gobierno bajo la lupa, Guía ciudadana para ejercer el derecho de acceso a la información*. México: Instituto Nacional de Desarrollo Social.
7. Luna Pla, I. (2012). *Transparencia política, acceso a la información y consolidación democrática: El papel del TEPJF*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
8. Mesina Ramírez, Juan J. (2013). *En México y Brasil: la transparencia como responsabilidad compartida*. México: Instituto Nacional de Administración Pública.
9. Naciones Unidas (s.f.). La Declaración Universal de Derechos Humanos, disponible en: www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/
10. Naessens, H. (2010). Ética pública y transparencia. En Tristán, Eduardo Rey, Calvo González, Patricia, 200 años de Iberoamérica (1810-2010): Congreso Internacional: Actas del XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles (pp. p.2113-2130). España: Universidade de Santiago de Compostela, Centro Interdisciplinario de Estudios.
11. Olavarria Gambi, M. (2012). *La institucionalización y gestión estratégica del Acceso a la Información y la Transparencia Activa en Chile*. Santiago de Chile: Banco Interamericano de Desarrollo, Consejo para la Transparencia.
12. Peschard, J. (2007). *Transparencia y Partidos Políticos*. México: IFAI.
13. Secretaria de Gobernación (s.f.). DECRETO por el que se abroga la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y se expide la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, disponible en: http://www.dof.gob.mx/avisos/2493/SG_090516/SG_090516.html, consultado el 14 de junio de 2017.
14. Sistema Nacional de Transparencia (s.f.). ¿Qué es el SNT?, disponible en <http://www.snt.org.mx/index.php/component/content/category/2-uncategorised>, consultado el 14 de junio de 2017.
15. Sousa Oliva, José D. (2010). *La experiencia de Chile en la transparencia y acceso a la información: El cambio institucional del gobierno central ante las nuevas disposiciones normativas*. Chile: Universidad de Chile.
16. Sweig, J. E. (2013). Brazil's Rousseff: Continuity and Tests. Council on Foreign Relations/. The National Interest, (123) january-february, (s.p.), disponible en: https://www.jstor.org/stable/42896534?seq=1#page_thumbnails_tab_contents, consultado el 18 de enero de 2018.

17. Transparency International the global coalition against corruption (2017). Corruption perceptions index 2016, disponible en: http://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#table, consultado el: 15 de enero de 2017.
18. Uribe Arzate, E. (2010). *La naturaleza constitucional dual del Derecho a la Información y su papel en la construcción del Estado Constitucional en México*. México: Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios.
19. Vergara, R. (2007). *La Transparencia como problema*. México: IFAI.
20. Villanueva Villanueva, E. (1999). *Régimen jurídico de las libertades de expresión*. México: Fragua.
21. Villanueva Villanueva, E. (2011). El derecho de acceso a la Información Pública en Oaxaca. *Derecho Comparado de la Información*, (10), julio-diciembre, (s.p.).

El paradigma democrático liberal en México a luz de los derechos humanos en el siglo XXI

The liberal democratic paradigm in Mexico under the light of human rights in XXI century

JAIME DAVID FUNES SESMAN*
JESÚS EDUARDO FUNES SESMAN*

Resumen

Este artículo pretende analizar a través de una visión deductiva la coyuntura democrática actual en México, resultado de la escasa eficiencia en la integración de los derechos humanos a la vida social. Es importante resaltar que la coyuntura a la que nos referimos se encuentra caracterizada por una relación simbiótica entre gobierno, instituciones y sociedad, en donde los dos primeros han faltado a su responsabilidad como entes garantistas de los propios Derechos humanos. Lo anterior, a la luz del artículo 3, apartado ii, inciso a de nuestra Carta Magna que a la letra dice: “[El Estado] Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”. Es así como el presente trabajo intenta dar una visión socio jurídica para profundizar en el fortalecimiento de la efectividad democrática a través de la funcionalidad de las instituciones que protegen y promueven los derechos humanos.



Esta obra está bajo licencia Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0
International (CC BY-NC-SA 4.0)

Palabras clave

Civismo, Democracia liberal, Derechos humanos, Ética, Posmodernidad.

Abstract

The present work intends to analyze, through a deductive vision, the current democratic situation in Mexico resulting from poor efficiency in the integration of human rights to Mexican social life. It is important to highlight that the situation we are referring to is mainly characterized by a symbiotic relationship between government, institutions and society, where both the former and the latter have lacked responsibility as guarantors of their own human rights. The foregoing, in light of article 3, section II, paragraph a of our Magna Carta, which literally says: [The State] Will be democratic, considering democracy not only as a legal structure and a political regime, but as a system of life founded on the constant economic, social and cultural improvement of the town. This is how the present work aims to provide a socio-legal vision to deepen the issue of strengthening democratic effectiveness through the functionality of institutions that protect and promote human rights.

Key words

Civility, Liberal democracy, Human rights, Ethics, Posmodernity.

INTRODUCCIÓN

Si bien la democracia liberal actualmente es sinónimo de igualdad, transparencia y conforma un estandarte de desarrollo económico, social y político, también lo es que el ejercicio de la democracia en México ha tenido contrasentidos, particularmente si nos referimos a su relación con la defensa y promoción de los derechos humanos; la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 establece en su artículo 1 que:

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 (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, p.1).

Por tanto, es importante cuestionar de qué forma los derechos humanos fortalecen a la democracia mexicana; bajo este contexto, surge la idea de que el sistema de justicia, basado en una democracia bien administrada, resultará en la consolidación de un marco jurídico nacional que aplique, promueva y defienda de manera objetiva e integral los derechos humanos, anteponiendo como principal ideal el de la justicia social.

En México la lucha a favor de los derechos humanos no es nueva, de hecho comenzó tras la conquista de Tenochtitlan por Hernán Cortés y el ejército de la Corona Española, lucha enarbolada por Fray Bartolomé de las Casas, quien conmocionado por los tratos de los conquistadores a los pobladores indígenas optó por defenderlos y reconocer su dignidad como iguales ante los europeos, situación que sin duda marcó el inicio de la querella a favor de los derechos fundamentales no solo en nuestro país, sino en el continente americano; y posteriormente por juristas, como el yucateco Manuel Crescencio Rejón, que promovieron la defensa de los derechos humanos por parte del Estado, éste lo estableció particularmente en la Constitución de Yucatán de 1841 a la sazón de:

Corresponde a este tribunal [la Corte Suprema de Justicia] reunido: 1º. Amparar en el goce de sus derechos a los que pidan su protección contra las providencias del Gobernador o Ejecutivo reunido, cuando en ellas se hubiese infringido el Código Fundamental o las leyes, limitándose en ambos casos a reparar el agravio en la parte que procediere.

Asimismo, durante el siglo XIX el jalisciense Mariano Otero impulsó esta lucha a través de la creación y el establecimiento del juicio de amparo en el acta de Reformas de 1847, perfeccionándose mediante la promulgación de la Constitución de 1857, particularmente en su Título I, Sección I denominada “De los derechos del hombre”.

Posteriormente, y a través de la promulgación de la Constitución de 1917, se instituyeron en su Título Primero las Garantías Individuales como prerrogativas, cuya observación obligatoria por parte del Estado pretendía reconocer plenamente el derecho a la libertad, a la educación, a la igualdad entre ambos sexos, a la libre profesión, a la libre manifestación de las ideas, a publicar o escribir, a la petición, a

la libre asociación o reunión, al libre tránsito, a ser juzgado, a no verse afectado por la retroactividad de las leyes, a no ser molestado por autoridades sin previo mandamiento de la autoridad competente, a las garantías dentro de un juicio, a la libertad religiosa, a la nacionalidad, entre otros.

Sin embargo, fue hasta el siglo XXI (2011), cuando la Constitución, a partir de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en correlación a la resolución del 23 de noviembre de 2009, emitida por parte de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH), sufrió una reforma trascendental que la impulsó de manera significativa a favor de la protección y promoción de los Derechos Humanos (artículo 1) y con ello de la concepción de la democracia como forma de vida (artículo 3, apartado II, inciso a), dirigiéndonos al *quid* del presente trabajo relativo al fortalecimiento democrático nacional en correlación a la defensa y promoción de los derechos humanos.

DEMOCRACIA MEXICANA, EL ETERNO PARADIGMA

Autores de diferentes disciplinas concluyen que la democracia, en particular la liberal, ha sido el mejor sistema creado para el desarrollo igualitario en un país que aspira a ser dotado de paz y transparencia. Al respecto, Sartori concibe a la democracia como un elemento de legitimidad, como un mecanismo para resolver problemas del poder (un autogobierno) y un sistema con espíritu igualitario (2003, p. 368); argumenta, además, que el concepto *democracia* constituye una poliarquía, es decir, en donde la mayoría prevalece sobre la minoría.

La democracia liberal se sustenta en un modelo en donde los individuos buscan libertades civiles, de expresión, de asociación, etc., con la mínima interferencia por parte del Estado para contribuir al bienestar social de los ciudadanos (Rodríguez, 2015, p. 51). A partir de esta discusión surge el problema por analizar, ya que al existir una multiplicidad conceptual sobre democracia se generan espacios proclives a la ambigüedad, dificultando con ello su instauración social fundamentada en los derechos humanos.

La democracia liberal en México constituye un claro ejemplo en donde la falta de argumentos socio jurídicos y mecanismos para su aplicación provocan un desajuste social, reflejado en un entorno de injusticia y violencia, ámbitos que a diario acaparan los encabezados periodísticos, incluso se ha llegado a pensar que el problema es la democracia en sí misma, ya que sus paradigmas conforman un tinglado complejo en su aplicación a la realidad tercermundista, como en la que nos encontramos inmersos; sin embargo, existe otra corriente crítica que piensa que el problema deviene de los que están al frente del gobierno porque no generan las condiciones necesarias para una correcta funcionalidad del aparato estatal, lo anterior al limitar distintas acciones que representan beneficios para aquellos que integran el poder.

¿Cómo indagar el problema real? Para ello, en este artículo se analiza una herramienta que ayudaría a la democracia a tener mayor estabilidad e impacto social y político, limitando la producción de espejismos, la cual la componen los derechos humanos que, aunque parecería que solo sirven en el discurso, llegan a cimentar (en específico aquellos dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos

Mexicanos referentes a una construcción democrática) las condiciones que podrían ser idóneas para un cambio social.

Es importante señalar que la democracia no solo se ciñe a lo político, sino que es una forma de vida, así expresada en el artículo 3, apartado II, inciso a de la Carta Magna, aunque en realidad son pocas las instituciones estatales que comprenden plenamente esta sentencia. Sin embargo, la política es aquella que construye el ámbito social y económico de una región, por ello, nos centraremos en la política con la finalidad de vislumbrar el impacto de ésta en los ámbitos subsecuentes.

Además, tanto la corrupción imperante en nuestro país como la poca solidaridad entre sus pobladores y el cambio de valores éticos, resultado de la misma coyuntura social, han influenciado en el ejercicio de la democracia, poniendo en duda su efectividad y hasta su existencia al no poseer como marco regente una ética basada en el bien y lo correcto, tal y como lo menciona Savater:

[...] la ética, una ética laica y universalista, es el eje. El disco duro, digamos, de cualquier concepto de democracia [...] El mensaje escrito dentro de la democracia es esa ética universalista laica. La ética es una actitud, una reflexión individual sobre la libertad propia en relación con la libertad de los demás y con la libertad social en que nos movemos. La ética no puede ser sustituta de la reflexión política o de la reflexión jurídica, o de otras cuestiones que son igualmente imprescindibles (2002, p. 10).

Podemos inferir que la democracia cubre los dos espectros del ciudadano: el político o externo, mediante la interacción social y entre instituciones gubernamentales, y el ético o interno, a través de la concepción de la vida en sociedad al regirse bajo el deber ser, lo cual constituiría una colectividad libre. Tomando en cuenta lo anterior, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en el 2000 estableció medidas aptas con un impacto legislativo, institucional y práctico a efecto de que cualquier país consolide la democracia dentro de su territorio (resolución 2000/47);¹ y en 2002 la Comisión de Derechos Humanos, organismo que forma parte de la ONU, declaró los elementos esenciales de la democracia (Naciones Unidas, s.f.):

- Respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales.
- Libertad de asociación.
- Libertad de expresión y de opinión.
- Acceso al poder y su ejercicio de conformidad con el imperio de la ley.
- La celebración de elecciones periódicas, libres y justas por sufragio universal y por voto secreto como expresión de la voluntad de la población.
- Un sistema pluralista de partidos y organizaciones políticas.

¹ La Comisión de Derechos Humanos

Teniendo presentes los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, y reafirmando que uno de los objetivos básicos de las Naciones Unidas es promover y alentar el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma o religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, discapacidad, nacimiento o cualquier otra condición.

I. Exhorta a los Estados:

a) A consolidar la democracia mediante la promoción del pluralismo, la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, el aumento al máximo de la participación de los individuos en la adopción de decisiones y en el desarrollo de instituciones competentes y públicas, incluido un sistema judicial independiente, un sistema legislativo y una administración pública eficaces y responsables y un sistema electoral que garantice elecciones periódicas, libres y justas (Office of the high commissioner for Human Rights, 2000).

- La separación de poderes.
- La independencia del poder judicial.
- La transparencia y la responsabilidad en la administración pública.
- Medios de información libres, independientes y pluralistas.

Lo anterior constituye un reflejo veraz de lo endeble que se encuentra el sistema democrático de nuestro país, que en conjunto con instituciones débiles y liderazgos pobres no permite la permeabilidad eficaz y eficiente tanto de los elementos esenciales de la democracia, antes mencionados, como de los derechos humanos en la vida diaria nacional, situación que lejos de fortalecer y consolidar al estado democrático mexicano, constituye, sin duda, el flagelo que no ha permitido el florecimiento democrático.

También es importante retomar y repensar el tema de la democracia a través de la óptica jurídica, en particular de la Reforma Constitucional de 2011 en materia de Derechos Humanos. Ahora bien, las condiciones éticas, jurídicas, políticas y sociales preexistentes a dicha reforma constitucional demostraron la necesidad de generar condiciones propicias para un cambio en nuestra Carta Magna, a efecto de consolidar un régimen democrático que permee en la vida diaria de la sociedad mexicana y provoque la evolución del anquilosado sistema que actualmente continúa mermando el tejido social.

En este sentido, es primordial notar que a través de la historia mundial la democracia se ha constituido como estandarte de igualdad, humanismo y justicia, cuyo objetivo es impregnar un ambiente de desarrollo en todas las estructuras de un país. México no ha sido la excepción a dicha idea, pues los discursos presidenciales durante la historia han utilizado a la democracia como herramienta de legitimidad y buen gobierno. Entonces, es necesario recordar lo establecido en los artículos 21 y 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,² promulgada en 1948 en la ciudad de París, Francia, los cuales se refieren a la composición de una vida democrática plena. Éstos son esenciales para analizar la forma en cómo se ha gestado, de manera trágica, el espejismo democrático a través de un manejo discursivo. En México, sexenio tras sexenio, se ha integrado dentro del discurso político la idea de democracia con la finalidad de legitimar un gobierno, aunque la realidad muestre

² Artículo 21

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

Artículo 29

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas (Naciones Unidas, s.f.a).

en muchas ocasiones una débil estructura democrática y en ocasiones tintes de autoritarismo (es ahí en donde radica el espejismo como tal).

La manera de reflejar un discurso genera capas de aire invirtiendo la imagen real y provocando en la sociedad cierta tranquilidad por vivir dentro de los paradigmas del régimen democrático, aunque en realidad se diste por completo de dicha concepción. En ese sentido, la democracia que hoy experimentamos en nuestro país está fracturada al no garantizar sus postulados y la herramienta que ayudaría a ello; es decir, los derechos humanos quedan supeditados ante el criterio absolutista y temporal de la autoridad presidencial en turno, generando un régimen alejado de los valores de la moral y del deber ser, creando así un espejismo que impide a la ciudadanía permear a la democracia como una forma de vida en su quehacer diario.

De ahí la importancia de retomar la discusión vinculante entre democracia liberal y derechos humanos para contribuir con la desaparición del espejismo en el que se encuentra inmersa la sociedad mexicana y que no le permite actuar al mantener la idea implantada de que se rige a través de mecanismos justos e igualitarios.

Analizar las condiciones jurídicas, políticas y sociales del país abonará a la desaparición del espejismo para entender la importancia de la aplicación de los derechos humanos y fortalecer la construcción de una democracia que parece ser debilitada por los valores y las actitudes en contra de los ideales de ésta, para que con ello se vislumbren las alternativas que propicien una democracia fundamentada de manera absoluta en los derechos humanos.

Como resultado de lo anterior, se han originado debates que plantean la importancia de la democracia liberal y su crisis contemporánea, ya que históricamente, aunque ha sido la forma de gobierno donde priva la libertad y los derechos humanos, ha caído en una especie de vacío, es decir, parecería que ha quedado imposibilitada de actuar y solo tiene impacto en los discursos políticos. Por ello, realizar un análisis de dicha coyuntura permitirá reflexionar y abonar al debate sobre la importancia o el impacto que implica la democracia liberal con base en los derechos humanos.

LAS GRIETAS DE LA DEMOCRACIA

La democracia liberal no se asemeja a la concepción de la democracia clásica, en donde la idea principal consistía en acuerdos y turnar la responsabilidad de toma de decisiones; en la primera se realiza una crítica fundada al hecho de que la ciudadanía se reduce al electorado, cuyo comportamiento normal exige un moderado de participación en las votaciones; asimismo, los estados actuales no son considerados por el modelo liberal como estados democráticos clásicos, ya que ejecutan una teoría empírica de la democracia liberal, la cual postula la adecuación a la información empírica relevante, es decir a la realidad, percibiendo con ello una idea compleja y refinada de la sociedad en donde preponderan elementos fundamentales de la dignidad humana como los derechos, las libertades y el respeto (Velasco, 1999); Sartori (1999, p. 29) lo describe en *Elementos de teoría política*: “Hoy la democracia es una abreviación que significa liberal-democracia. Y mientras que el discurso sobre la democracia de los antiguos es relativamente simple, el discurso sobre la democracia de los modernos es complejo”; más adelante define a la democracia liberal como “un sistema político basado sobre el poder popular, en el sentido de que la titularidad

del poder pertenece al demos, mientras que el ejercicio del poder es confiado a los representantes periódicamente elegidos por el pueblo” (Sartori, 1999, p. 46).

Bajo este contexto surge la crítica de Mouffe, filósofa y politóloga belga, quien en *El retorno de lo político* refiere a la modernidad como:

el advenimiento de la revolución democrática [...] Por esta razón, la sociedad democrática liberal se constituye como una sociedad en la que el poder, el derecho y el conocimiento están expuestos a una indeterminación radical, una sociedad que se ha convertido en teatro de una aventura incontrolable (1999, p. 30).

Lo cual quiere decir que la sociedad moderna a finales del siglo XVIII, inspirada por las ideas de guerra de la Independencia norteamericana y por la ideología de la Revolución Francesa, comenzó a transformar paradigmas que en ciertos momentos parecerían desgastados o poco funcionales; uno de ellos era la democracia como había sido concebida desde su visión clásica, en donde su poca efectividad provocó que la sociedad comenzara a cuestionar el relato democrático. Esto sirvió como surgimiento de la crisis del régimen democrático en dicha sociedad al haber dejado de implementar elementos básicos del entramado social (el respeto y la protección a los derechos políticos de los ciudadanos), lo cual se podría entender como:

El derecho al voto para la casi totalidad de los adultos, el de postular a los cargos públicos, el de la libertad de expresión (contemplando el ejercicio de la crítica respecto de cualquiera o aun de todos los actos del gobierno), el de acceder a fuentes de información alternativas, y el de asociarse y reunirse en asambleas de manera pacífica (Dahl, en Hilbink, 2014, p. 33).

Dichas expresiones democráticas se han ido mermando en las últimas décadas en la mayoría de los países, particularmente en aquellas naciones cuyos gobiernos resultan ineficaces y por tanto faltos de claridad y con alto porcentaje de corrupción. Esto da pie a que resurjan ideas fascistas, populistas y dictatoriales, las cuales se pueden observar en liderazgos actuales como el Estados Unidos de Norteamérica o el de Venezuela, pues éstos se han dejado seducir por discursos con tintes racistas, imperialistas, clasistas y antidemocráticos, consolidando sociedades en donde los derechos humanos se han visto mermados.

En este sentido, resulta relevante analizar tres aspectos característicos de la democracia liberal según Sartori, “en primer lugar, la democracia es un principio de legitimidad. En segundo lugar, la democracia es un sistema político llamado a resolver problemas de ejercicio (no únicamente de titularidad) del poder. En tercer lugar, la democracia es un ideal” (1999, p. 29).

El primer aspecto es el más recurrente toda vez que se habla de democracia, ya que es el sistema que pone en un lugar primigenio al ciudadano, es decir, ya no es el monarca o rey el dueño absoluto de los designios de un país, sino que es aquel individuo que ejerce su poder político para seleccionar a un representante. “En las democracias el poder está legitimado [...] por elecciones libres y periódicas” (Sartori, 1999, p. 30).

Con respecto al segundo, resaltan dos características que se encuentran en el entramado democrático: la participación y representación. Este dúo conceptual es la base de toda democracia liberal; es decir, si no hay participación no habría

representación y por lo tanto el Estado se decantaría en un régimen con tintes autoritarios. Como dice Merino (2016, p. 14) citando a Fernando Savater “-la política no es más que el conjunto de razones que tienen los individuos para obedecer o para sublevarse-, la participación ciudadana se encuentra a medio camino entre esas razones”. En este punto se comienza a identificar la grieta democrática; en primer lugar la participación como pilar democrático requiere de una ciudadanía responsable y que ejerza dicho derecho, pero la realidad es que no todos quieren participar y aquellos que lo desean, en ocasiones, no lo pueden hacer (Merino, 2016). Este dilema genera grietas, como ya hemos dicho, cuyas consecuencias se dejan ver ya en la falta de legitimidad de los gobernantes, por ejemplo en las elecciones federales de nuestro país en 2006 en donde el candidato ganador se hizo con la presidencia mediante un porcentaje mínimo del voto popular (0.58%) (Cárdenas, 2006), enorme problema para un país con una democracia en ciernes. Sin embargo, “tan imposible es dejar de participar porque aún renunciando se participa” (Merino, 2016, p. 12-13), es decir, aún con dicha crisis la democracia ha generado sus propios mecanismos de sobrevivencia que no han permitido el cambio sustancial que la misma requiere.

Por otro lado, la representación también tiene sus dificultades, una de lo más sobresalientes es la calidad de aquellos que quieren ser representantes del pueblo y que va ligada con la participación ciudadana. La representación es el segundo pilar que sostiene a la democracia, “no solo porque el concepto de soberanía se trasladó de las casas reales hacia la voluntad popular, sino porque los gobernantes y los estamentos dejaron de representarse a sí mismos para comenzar a representar los intereses mucho más amplios de una nación” (Merino, 2016, p. 26-27). Sin embargo, se ha ido diluyendo esta representación genuina y se ha tornado hacia una representación opaca, donde los únicos intereses que importan son los de los partidos políticos, dejando a un lado a la ciudadanía, situación que ha generado también grietas en la base democrática.

El tercer aspecto al que se refiere Sartori tiene que ver con la discusión entre el ser y el deber ser; no cabe duda que pensar en tipos ideales arrojará elementos fundamentales para una mejor construcción y aplicación en la realidad, pero “la democracia como es (en la realidad) no es la democracia como debería ser y la democracia es, ante todo y por encima de todo, un ideal” (Sartori, 1999, p. 31-31). El problema es que la materialización de dicha idea se ha desgastado, mostrando grietas en sus columnas de soporte. Ambrosio Velasco (1999, p. 74) reflexiona de manera crítica sobre la democracia liberal, misma que deshecha los principios de la democracia clásica por resultar incompatible con los datos disponibles por la estructura y el comportamiento del electorado, es decir, la democracia liberal tiene que centrarse en la información empírica que pueda cooptar.

Una expresión de esta idea es lo que sucede con el ciudadano, el cual ha visto reducido su papel en la democracia al observarse como simple votante,

cuyo comportamiento normal exige un índice moderado de participación en las votaciones. En este sentido, cierto nivel de apatía resulta funcional. Asimismo, conviene que el electorado no esté dividido en grandes partidos o facciones homogéneas, sino que exista una gran pluralidad de intereses sociales, culturales, económicos, políticos, éticos, que produzcan una pluralidad tan atomizada de identidades individuales (Velasco, 1999, p. 74).

Esto es, que el individuo vale como voto y no como sujeto que forma parte de la sociedad, en cierto sentido se ha cuantificado la expresión ciudadana y solo se toma como expresión al voto en tiempo de elecciones, sin tomar en cuenta sus necesidades como ente social.

Otro elemento que analiza Velasco (1999, p. 74) son los Derechos, los cuales, según su perspectiva, han caído en una exageración o inflación normativa y como tal en “un síntoma inequívoco del progreso de la libertad y democracia”; los derechos que se deberían de procurar antes que cualquier otro son los civiles, los cuales “garantizan a los sujetos un conjunto de libertades individuales, principalmente en el ámbito privado (libertad de propiedad, expresión, tránsito, trabajo, religión, asociación) para que las personas puedan elegir la forma de vida que prefieran”.

Para la democracia liberal actual, el sentido de civilidad por parte de los ciudadanos ya no resulta relevante, el propio sistema político configurado se encarga de solventar dicha falla social. “Gracias a la separación y equilibrio de poderes, y al funcionamiento de un adecuado sistema electoral y de partidos, el régimen democrático puede funcionar pese a la escasa o nula existencia de la virtud ciudadana”; es decir, “la ciudadanía no tiene un papel sustantivo, por ello no se requiere que el ciudadano promedio sea virtuoso, en el sentido cívico (Velasco, 1999, p. 75-76). Dicho lo anterior, la visibilidad de las grietas de la democracia son evidentes cuando en un sistema democrático la ciudadanía (base fundamental del sistema) deja de ser importante y puede ser sustituida por una extensión del sistema burocrático, y es entonces cuando se necesitan opciones para rescatar lo que aún resta.

Una de estas opciones es la que propone Mouffe (1999, p. 33), para ella el desgaste de la democracia liberal solo podría decantar en un sistema sin efectividad; una democracia radical “exige que reconozcamos la diferencia –lo particular, lo múltiple, lo heterogéneo—. No se rechaza el universalismo, se lo particulariza; lo que hace falta es un nuevo tipo de articulación entre lo universal y lo particular”. Esta propuesta se acopla de manera precisa con la dinámica de la posmodernidad, es decir, se aleja del centro moderno y de la democracia liberal para entrar a un nuevo paradigma de vida que aún colmado de inseguridades y de riesgos constantes se abre al reconocimiento de lo humano y por ende de los derechos humanos en sí mismos.

DERECHOS HUMANOS, SUSTENTO SOCIOJURÍDICO NACIONAL

Derivado del caso Radilla Pacheco, la SCJN decidió que serían obligatorias para todas las autoridades mexicanas las sentencias de la CIDH en las que México debería participar, considerando como guía los criterios de las sentencias en las cuales no formara parte. Dicho caso, el primero en su clase, obligó a las autoridades a establecer criterios que coadyuvaran al cumplimiento de aquella sentencia y sentencias similares en el futuro (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010). Por lo cual, se llevó a cabo la Reforma Constitucional de fecha 10 de junio de 2011, a partir de ésta la Carta Magna protege a cabalidad los Derechos Humanos y sus Garantías, particularmente en su artículo 3, apartado II, inciso a que establece: “[El Estado] será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constan-

te mejoramiento económico, social y cultural del pueblo” (Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917).

Por lo que es evidente que el nuevo sistema democrático mexicano percibe a la democracia como un sistema de vida, es decir, no se reduce solo al aspecto político, sino que abarca las áreas del ámbito social, basándose en el respeto a los derechos humanos, libertades y obligaciones del individuo, esto en plena concordancia con el concepto de democracia liberal propuesto por Mouffe (1999, p. 33) y es ahí en donde reside la importancia de la relación simbiótica entre la democracia y los derechos humanos.

Resulta difícil concebir tanto a los Derechos Humanos sin el ejercicio pleno de la democracia, como a la democracia sin la protección que brinda los Derechos Humanos. Cabe destacar que hasta la fecha, aunque se ha trabajado a nivel legislativo bajo la óptica de los Derechos Humanos, aún no se cuenta con los mecanismos efectivos que garanticen la protección y el ejercicio de éstos; los crecientes casos de feminicidio, desapariciones forzadas y homicidios de periodistas son la prueba fehaciente de las violaciones al Principio Pro Persona, a la Libertad de Expresión y a los Derechos Humanos de grupos vulnerables, motivo por el cual nuestro país ha recibido recomendaciones por parte de Organizaciones No Gubernamentales (ONG's), lo cual sin duda alguna da lugar al debilitamiento de la democracia en nuestro país.

Con base en lo anterior se puede inferir que para que exista un auténtico Estado democrático debe existir un mínimo de condiciones sociales que, en primer lugar, protejan el desarrollo y dignifiquen a la persona, al tiempo de concientizarle sobre la defensa, promoción y ejercicio de los Derechos Humanos, así como en la defensa y promoción de una vida democrática desde temprana edad, a fin de que se constituya en una forma de vida que permee la realidad de los mexicanos, sea cual sea su origen o estrato social, en concordancia con el artículo 2 constitucional que a la letra dice:

La Nación Mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917).

Además es importante definir a nivel constitucional el concepto democracia, pues carece de plena objetividad al establecerla “como un sistema de vida”, según el artículo 3 de la Constitución Política de México; con la finalidad de alcanzar el objetivo de vivir en una sociedad democrática; sin embargo y como lo hemos mencionado, es vital para el sistema democrático nacional el que dicha concepción permee en la vida social de los ciudadanos al garantizar sus derechos, libertades y prerrogativas fundamentales.

Asimismo, se debe resaltar el papel que juega la educación en materia de cultura democrática, la asignatura de Formación Cívica resulta fundamental en el individuo desde temprana edad, brindándole herramientas que le permitirán hacer de la democracia un verdadero sistema integral de vida, garantizando la difuminación del espejismo democrático que nos aleja de los principios del Estado democrático liberal. En este sentido, no podemos soslayar que nuestra Carta Magna prevé en su artículo 3, párrafo II, lo siguiente: “La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en

él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia” (Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917). Por tal razón, la supresión de la materia de Formación Cívica y Ética del currículo escolar a nivel básico ha generado un impacto negativo en la educación de la población, lo cual conlleva a la descomposición del tejido social.

Para tener una mayor claridad sobre la importancia de este tema, Lara Ramos (2010), en Lizcano (2012) define al civismo como: “El comportamiento de los ciudadanos, correcto y acorde con las leyes, con el que manifiestan su interés por la vida nacional y su voluntad de participar en ella”.

Ahora bien, resulta complejo imaginar una sociedad en la que exista una democracia liberal efectiva, ya sea en el espectro externo o interno del individuo, si no existe conciencia de los alcances que tiene tanto el compromiso como la participación activa de las personas en el marco del respeto a los Derechos Humanos, así como de la búsqueda del bien social. Esta voluntad de participar y el respeto al marco legal del que habla Lara Ramos (2010) resultan carentes en la vida nacional actual. El desinterés cívico impacta sin duda en el ámbito político y social de nuestro país; al respecto, Valdés (2010) y Russo (2010) citados en Lizcano (2012) hablan sobre la indiferencia que impera en nuestra sociedad actual:

En México el nivel de abstencionismo en las elecciones constitucionales (federales, estatales y municipales) está dentro de lo normal, pero la proporción de ciudadanos que participan, de la manera que sea, en algún tipo de organización es sumamente bajo. Entre 1973 y 2009, la participación en las elecciones federales, tanto presidenciales como legislativas, osciló entre 40% y 77% (p. 28). Mientras que “menos de 7% se interesa o está dispuesto a integrarse a alguna forma de acción colectiva institucionalizada”, desde las asociaciones religiosas, deportivas y de colonos hasta las sindicales y los partidos políticos (p. 2019).

Situados en este status de indiferencia y falta de conciencia cívica, que se encuentra lejos de ser la práctica de la democracia como un *sistema de vida*, la pregunta sería: ¿Qué hacer para garantizar que el ejercicio de los Derechos Humanos fortalezca plenamente nuestra democracia nacional? Rawls (falta año, en Zapata, 2001) hace alusión al concepto *deber de civismo* o *duty of civility*: “este deber está relacionado con la idea constitutiva de la razón pública y el principio de legitimidad, y expresa un ideal específico de la ciudadanía democrática” (Zapata, 2001, p. 103); dicho ideal específico de la ciudadanía democrática obedece al deseo que tienen los ciudadanos de establecer un sistema democrático funcional que les permita alcanzar la justicia, vivir en una sociedad equitativa y obtener un nivel de bienestar social; esto podrá alcanzarse si no se cuenta con las condiciones de prosperidad mínimas que permitan a la sociedad interesarse y ser partícipes de la construcción de un nuevo tejido social basado en la resignificación del concepto democracia, condiciones que actualmente dependen en gran medida de la mejora en el nivel educativo, cívico y moral de la población, tomando en cuenta el respeto a los Derechos Humanos como herramienta para garantizar dicho bienestar social.

En este sentido, no podemos soslayar lo previsto por la ONU con relación a la correspondencia simbiótica entre democracia y derechos humanos, pues menciona que:

Los valores de libertad y respeto por los derechos humanos y el principio de celebrar elecciones periódicas y genuinas mediante el sufragio universal son elementos esenciales de la democracia. A su vez, la democracia proporciona el medio natural para la protección y realización efectiva de los derechos humanos (Naciones Unidas, s.f.b).

Haciendo referencia particularmente en el artículo 21, fracción tercera de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que refiere: “La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto” (Naciones Unidas, 2015).

Por tal razón, es indudable que nuestra nación debe comenzar el planteamiento de una evolución democrática a la par de un nuevo constructo sociojurídico basado en la ética y el civismo que otrora nos habían caracterizado educacionalmente en conjunto con el nuevo paradigma social a fin de fortalecer una nueva democracia nacional que involucre el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos por parte del Estado y de la ciudadanía a fin de vigorizar el entramado social posmoderno.

HACIA UNA DEMOCRACIA RADICAL O POSMODERNA

La posmodernidad ya no es un proyecto lejano o el resultante de una investigación en prospectiva, sino que ha empezado a adentrarse a la vida social y ha permeado la cosmovisión del individuo en sociedad. En todos los países, especialmente en México, se ha dejado ver sus impactos en todos niveles, por ejemplo: en lo social, la posmodernidad ha generado una sociedad individualista, alejada de la realidad y con incertidumbre constante hacia el futuro; en la economía, gracias a que el consumismo se ha convertido en un valor fundamental, se ha perdido lo esencial del ser humano y ahora se le cosifica y, al mismo tiempo, se le condiciona a vivir esclavizado a marcas, a spots televisivos, a influencers en redes y a campañas digitales; en lo político, ya que entre la globalización y las políticas neoliberales el Estado ha entrado en una crisis conceptual por el hecho de que poco a poco las fronteras se han ido difuminando y se ha fortalecido la idea de un Estado global. Por ello, la posmodernidad puede entenderse como:

La desintegración de la trama social y el desmoronamiento de las agencias de acción colectiva suelen señalarse con gran ansiedad y justificarse como “efecto colateral” anticipado de la nueva levedad y fluidez de un poder cada vez más móvil, escurridizo, cambiante, evasivo y fugitivo. Pero la desintegración social es tanto una afección como un resultado de la nueva técnica del poder, que emplea como principales instrumentos el descompromiso y el arte de la huida. Para que el poder fluya, el mundo debe estar libre de trabas, barreras, fronteras fortificadas y controles. Cualquier trama densa de nexos sociales, y particularmente una red estrecha con base territorial, implica un obstáculo que debe ser eliminado. Los poderes globales están abocados al desmantelamiento de esas redes, en nombre de una mayor y constante fluidez, que es la fuente principal

de su fuerza y la garantía de su invencibilidad. Y el derrumbe, la fragilidad, la vulnerabilidad, la transitoriedad y la precariedad de los vínculos y redes humanos permiten que esos poderes puedan actuar (Bauman, 2017, p. 19-20).

Dichas características se englobarían en el principio de movimiento, lo estático se ve mal, se concibe como una pérdida de tiempo; lo bueno debe de estar en constante circulación. Por lo tanto, la sociedad tiende a moverse hacia varias direcciones, no existe un camino, sino que hay varios y en ellos se pueden encontrar distintas formas de vida, de cosmovisión y de acción.

Una sociedad que ha normalizado el cambio constante es una sociedad que no tolera la estática y con ello se devienen problemas de desintegración social, ya que las relaciones sociales necesitan tiempo para generarse; todo lo que se quiere permanente requiere cierto tiempo, el cual para ésta era casi imposible (Bauman: 2017).

El individuo entonces queda inmerso en él mismo, según Lipovetsky (2015) se crean dos formas de vida, el narcisismo y el hedonismo, que más que ayudar afectan al entramado social. El primero se centra en el individuo bajo el sentido de la imagen, de ponerse así mismo como el centro de la sociedad y dejar a la comunidad a un lado; el segundo se relaciona con el disfrute, mientras que el individuo pueda disfrutar de la vida (bajo su idea) nace la indiferencia y se exalta el egocentrismo.

Se vive entonces en una crisis identitaria y por ende cultural, lo que decanta en una crisis institucional y por lo tanto también de democracia; pero esta crisis no significa “el declive de las democracias. ¿No sería más acertado reconocer en ello los signos de un reforzamiento de masa de la legitimidad democrática?” (Lipovetsky, 2015, p. 129). La apertura de ideas y multiplicidad de voces son resultado de una vida en democracia, lo que sucede es que ésta ha quedado atrapada bajo los intereses del sistema o gobierno en turno y en la forma en cómo se entiende.

Tocqueville (en Lipovetsky, 2015, p. 129) describe la coyuntura por la cual está pasando la democracia: “Se da demasiada importancia a las leyes y demasiada poca a las costumbres”, lo cual significa que desde el punto de vista organizacional, la sociedad ha quedado separada, excluida de su propio ambiente, para sustituirlo por otro artificial caracterizado por normas y un lenguaje jurídico exclusivo, además de “su pluralismo de partidos, sus elecciones, su derecho a la oposición y a la información se parecen cada vez más a la sociedad personalizada del auto-servicio, del test y de la libertad combinatoria”, aunque los ciudadanos no utilicen su derecho político, reduzca la militancia y la política se torne espectáculo, no afecta al apego de la democracia (Lipovetsky, 2015, p. 130), debido a que esta forma de gobierno resulta ser la que puede organizar mejor a la sociedad, lo cual no la exime a que caiga en crisis o problemas que obligan a pensar en alternativas con el único objetivo de reforzarla. Por ello, la idea de una democracia radical

debe tratar de defender la democracia y de expandir su esfera de aplicabilidad a las nuevas relaciones sociales. Su objetivo es crear otra clase de articulación entre elementos de la tradición democrática liberal, no ya con vistas a los derechos en un marco individualista, sino concibiendo más bien los *derechos democráticos* (Mouffe, 1999, p. 38-39).

Adaptar un modelo de democracia a la era posmoderna y cambiar dicho concepto de eje epistémico resulta urgente, ya que lo que en la modernidad se denominó democracia, hoy en día requiere la incorporación de elementos que tomen en consideración el devenir social. La velocidad con que está cambiando el mundo es inusitada y por ende se debe tener, según Mouffe (2015, p. 39), una hegemonía de valores democráticos que refuercen la cultura democrática en donde las prácticas sociales estén guiadas bajo los valores de una sociedad que viva bajo el respeto hacia la pluralidad, hacia lo contrario y hacia el conflicto, valores que fundamentan la razón de ser de la política.

CONCLUSIONES

Como resultado del presente análisis podemos advertir diversos puntos a efecto de que a nuestra democracia podamos darle un giro desde una sociedad que coloque su propio fundamento en los derechos humanos tal y como lo dicta la Carta Magna, perfilándose de esta manera hacia una democracia posmoderna como lo propone Mouffe (1999).

Si bien el concepto democracia ha sido plenamente identificado desde los albores de la historia, ésta requiere de una conceptualización profunda dentro del texto constitucional mexicano a efecto de fortalecerla desde los cimientos de un estado y pueblo consciente y preparado para las afrentas que el mundo de hoy nos presenta. Bajo esta óptica resulta necesario realizar ejercicios legislativos a nivel federal y estatal para crear una sociedad civil capacitada para exigir cuentas del gobierno y defender sus propios derechos, lo anterior a fin de que el conglomerado social mexicano acceda a una educación ética y cívica a sazón de lo expresado por Lara (2010) y a efecto de que nuestra sociedad evolucione realmente a una democracia como sistema de vida en la que la sola idea democrática nacional sea plenamente identificada por los ciudadanos como el reconocimiento de nuestras prerrogativas políticas y por supuesto en la conciencia del ejercicio cabal de los derechos humanos en la vida diaria.

En segundo lugar, considerar la relación simbiótica entre ambos conceptos, democracia y derechos humanos, con el objeto de que sea la propia comunidad la que promueva una educación igualitaria basada en un enfoque de derechos que resignifiquen el concepto democracia entre los ciudadanos a partir del reconocimiento de lo externo, de la otredad, según Mouffe (1999), y con ello responsabilizarse a la par de responsabilizar al gobierno en el entendido de asumir sus propios compromisos para fortalecer los vínculos entre ambas partes.

En tercer lugar, el análisis al que alude el presente trabajo confronta con la realidad social lacerante actual mexicana, en la que la desigualdad permea en un gran espectro de la población; por tanto, llevar a cabo la tarea de educar cívica y éticamente al conglomerado social, estableciendo un mínimo de condiciones sociales que protejan el desarrollo digno de cada persona, es una tarea titánica, la cual habrá de solventarse con el esfuerzo del Estado Mexicano mediante la implementación de estrategias que promuevan la recuperación del tejido social, ya que es ahí en donde reside la simbiosis existencial entre democracia y derechos humanos; con ello se logrará construir una sociedad plenamente concientizada de su obligación para con

la democracia de su país y lo estará de igual manera obligada para la protección y promoción de los derechos humanos.

En cuarta posición podemos referir que a efecto de crear los mecanismos necesarios que promuevan y resguarden el concepto de democracia radical o posmoderna en el México del Siglo XXI, reviste suma importancia el tomar en consideración el hecho de que para México ha resultado complejo a lo largo de su historia, crear consensos que den base al mejoramiento de la eficacia y de la eficiencia estatal y gubernamental, tan es así, que el día de hoy nos encontramos a las puertas de una elección federal en la que elegiremos Presidente de la República, trágicamente dicha coyuntura nos confronta ante un sistema corrupto y ante otro populista; sin lugar a dudas el resultado de esta elección fundará las bases de la nueva democracia nacional, por ello, resulta vital para la juventud informarse y analizar la ideología presente en cada plataforma política a fin de fortalecer el sistema democrático y sociojurídico nacional.

Como quinto punto podemos referir que será ineludible para el Estado Mexicano y en concordancia con lo ya analizado, el hacerse de mecanismos constitucionales que permitan a los tres niveles de gobierno el promover de manera fehaciente la consolidación de una democracia radical o posmoderna a través del pleno ejercicio de los derechos humanos, lo anterior y como ya hemos mencionado, mediante la capacitación integral de la población para reconocer y comprender el pleno goce de sus derechos, todo ello iniciando a edad temprana, desde el hogar y continuando dicha labor en el ámbito escolar; para ello es vital retomar al civismo como la herramienta educacional precisa que siembre en el futuro ciudadano la semilla del amor por su patria y del respeto por su vecino y por los derechos de ambos.

Sin embargo, ¿en dónde residiría particularmente la propuesta del presente trabajo de investigación? Tomando en consideración lo analizado proponemos reformar el artículo 3 de nuestra Carta Magna en aras de clarificar y fomentar el estado democrático a la luz de los derechos humanos en nuestro país:

Artículo 3 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Párrafo 2. La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia democrática así como de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

Además:

a) Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida **conceptualizado (a la manera de Mouffe) como un sistema político basado en el reconocimiento de lo particular, lo múltiple, lo heterogéneo sin rechazar lo universal** y fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del mismo.

Es así que, sin dejar de lado la importancia de las Constituciones Locales en las cuales y de igual manera se tendrá que resignificar el término democracia a partir de lo expuesto, es como la ética y el civismo democrático, es decir, el *deber de civismo* o *duty of civility*, citado por Ricardo Zapata (2001), haciendo alusión al concepto que Rawls, podrá, en conjunto con el reconocimiento de la otredad expresado por Mouffe, permear en la vida del pueblo de México de una manera progresiva e in-

tegral a favor del desarrollo y saneamiento del tan desgarrado tejido social que hoy compone a nuestro país.

REFERENCIAS

1. Bauman, Z. (2017). *Modernidad líquida*. México: FCE.
2. Cárdenas Cruz, F. (2006). Por 58 décimas Calderón ganó a AMLO. *El Universal*, disponible en: <http://archivo.eluniversal.com.mx/columnas/59053.html>, consultado el 06 de marzo de 2018.
3. Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación, Ciudad de México, México, 05 de febrero de 1917, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf, consultado el 11 de marzo de 2018.
4. Hilbink, L. (2014). *Jueces y política en democracia y dictadura Lecciones desde Chile*. México: FLACSO.
5. Lara Ramos, L. (2010). *Diccionario del español de México*. vol. 2. México: El Colegio de México.
6. Lipovetsky, G. (2015). *La era del vacío*. Barcelona: Anagrama.
7. Lizcano Fernández, Francisco (2012). Conceptos de ciudadano, ciudadanía y civismo. *POLIS*, 11 (32), (s.p.), disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30524549014>, consultado el: 14 de enero de 2018.
8. Merino, M. (2013). La participación ciudadana en la democracia. *Cuadernos de divulgación de la cultura democrática*. México: Instituto Federal Electoral.
9. Mouffe, C. (1999). *El retorno de lo político Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Barcelona: Paidós.
10. Naciones Unidas (s.f.a.). La Declaración Universal de los Derechos Humanos, disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>, consultado el 18 de marzo de 2018.
11. Naciones Unidas (s.f.b.). La Democracia y los Derechos Humanos. Marco Normativo de Derechos Humanos, disponible en: http://www.un.org/es/globalissues/democracy/human_rights.shtml, consultado el 20 de febrero de 2018.
12. Naciones Unidas (2015). *Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)*. (s.l): Naciones Unidas.

13. Office of the high commissioner for Human Rights (2000). La promoción y consolidación de la democracia. Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2000/47, disponible en: ap.ohchr.org/documents/S/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2000-47.doc, consultado el 18 de Marzo de 2018.
14. Sartori, G. (1999). *Elementos de teoría política*. Argentina: Alianza.
15. Sartori, G. (2003) *¿Qué es la democracia?*. México: Taurus.
16. Savater, F. (1998). *Ética, política, ciudadanía*. México: Grijalbo.
17. Savater, F. (2002) *Ética y ciudadanía*. España: Monte Ávila.
18. Suprema Corte de Justicia de la Nación (1960). Homenaje a Don Manuel Crescencio Rejón. *Constitución de Yucatán de 1841*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en: [http://www.internet2.scjn.gob.mx/red/marco/PDF/B.%201835-1846/d\)%20CP%20Yucatán%20\(31%20marzo%201841\).pdf](http://www.internet2.scjn.gob.mx/red/marco/PDF/B.%201835-1846/d)%20CP%20Yucatán%20(31%20marzo%201841).pdf), consultado el 11 de marzo de 2018.
19. Suprema Corte de Justicia de la Nación (2010). Seguimiento de Asuntos Resueltos por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=121589&SeguimientoID=225>, consultado el 20 de Febrero de 2018.
20. Velasco Gómez, A. (1999). Democracia liberal y democracia republicana. *Araucaria* (1), pp. 72-82, disponible en: http://institucional.us.es/revistas/Araucaria/Año_1_nº1/Cap_4_Democracia_liberal_y_democracia_republicana.pdf, consultado el 20 de Marzo de 2018.
21. Zapata Barrero, R. (2001). *Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: hacia un nuevo contrato social*. España: Anthropos.