



Ius Comitiālis

ISSN 2594-1356

Año 1
Núm.

2

julio-diciembre 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 Enriquez
Diseño: 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.
Mélanie 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.

Con el apoyo de la Dirección de Publicaciones Universitarias
Coordinador de Publicaciones Periódicas: Alain García Peñaloza

Ius Comitatus, vol. 1, núm. 2, julio-diciembre 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: iuscomitalis@uaemex.mx. Editor responsable: Joaquín Ordóñez Sedeño, Facultad de Derecho, Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2017-072110103300-203, ISSN 2594-1356, 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: 5 de diciembre de 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

- 7 Extensión de la participación política y de la tutela judicial en la República Argentina
ALBERTO RICARDO DALLA VIA
- 25 Las teorías democráticas y el actual Estado mexicano
NAÍM FRANCO SAUCEDO
- 41 La calidad de la democracia en México. Una asignatura en retroceso
OM CHRISTIAN A. PECHIR
- 61 Análisis normativo de las campañas electorales y su financiamiento. Caso: Provincia de Córdoba (Argentina)
EMMANUEL NIETO
- 75 La gestión del desarrollo sostenible, análisis sobre la participación ciudadana en la planeación, una perspectiva desde la legislación vigente en el Estado de México
YESIKA GUADALUPE GÓMEZ CARMONA
EDUARDO ANDRÉS SANDOVAL FORERO
- 95 Una mirada a los gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia y sus Políticas de justicia transicional en Chile
MÓNICA NATALIA MARTÍNEZ-MEJÍA
FÁTIMA ESTHER MARTÍNEZ-MEJÍA
- 109 Globalización y neoconstitucionalismo en México a partir de las reformas de 2011, en materia de derechos humanos y amparo
JOSÉ LUIS MAYA MENDOZA
- 133 La responsabilidad médica en las constituciones de México y Perú
ALMA DE LOS ÁNGELES RÍOS RUIZ
- 155 La información pública de oficio de los institutos electorales en México y la reforma político electoral y de transparencia
JOSÉ EDGAR MARÍN PÉREZ
- 175 Derecho fundamental al debido proceso legal
JOSÉ JULIO NARES HERNÁNDEZ
RICARDO COLÍN GARCÍA
KENNLY JARED NAVA ROSALES
- 197 Violación a los principios constitucionales de igualdad y reciprocidad internacionales en la política migratoria México-Estados Unidos
RODOLFO TÉLLEZ-CUEVAS
MARÍA TERESA CRUZ PATIÑO
KENNLY JARED NAVA ROSALES
- 213 La Ley del Agua del Estado de México es violatoria del “Derecho Humano al Agua”
JUAN MANUEL ARREOLA DE LA MORA
- 233 Competitividad de México en el TPP
ALMA DE LOS ÁNGELES RÍOS RUIZ



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

Editorial

En junio de 2018 aparece este proyecto académico y profesional con un objetivo que entonces se presentaba como el reto de instituir una publicación semestral en forma de revista científica que cumpliera con estándares y criterios internacionales. Tales fueron los inicios de *Ius Comitiālis*, cuyo trabajo se propone a la comunidad científica en el ámbito del Derecho y de las Ciencias Sociales.

El apoyo de la Dra. Inocenta Peña Ortiz, Directora de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM), la creatividad del Mtro. Lucio Ordoñez Huerta y de la Lic. Adriana Guadarrama, quienes integran el Equipo Editorial, resultó una obra congruente que rebasa los esfuerzos y los recursos implicados. Gracias al trabajo editorial se ha logrado conformar un Consejo Científico y un Comité Editorial de talla internacional, integrado por juristas, politólogos, sociólogos y científicos sociales con una trayectoria impecable en el ámbito de la teoría y de la investigación. A ellos reconozco como cauce de nuevas ideas y les agradezco su ayuda para generar este órgano de comunicación de la ciencia.

Los integrantes que conforman el Consejo Científico son distinguidos teóricos de la ciencia social, cuyas aportaciones a la teoría trascienden las fronteras de las universidades y de los países en que se encuentran, teniendo una vasta producción científica y académica que han consolidado en prolijas trayectorias. Asimismo, el Comité Editorial incorpora especialistas en las distintas ciencias sociales, teniendo a científicos consolidados, pero también a noveles y talentosos investigadores.

Ius Comitiālis tiene presencia ya desde hace algunos meses con su número inaugural en el que resaltan las investigaciones presentadas, así como el cuidado editorial. Esta revista ha tenido el decidido impulso de la Secretaría de Difusión Cultural y de la Dirección de Publicaciones Universitarias, particularmente de los especialistas que asesoran el equipo editorial, integrado por el coordinador de Publicaciones Periódicas, Alain García Peñaloza, corrección de estilo, Erika Mendoza Enríquez y diseño editorial, Berenice Lara Ramírez. Además de la Dirección de Estudios y Proyectos Especiales donde la Mtra. María José Bernáldez Aguilar y el Lic. León Felipe Cuenca arropan el proyecto, asesoran y realizan todo lo concerniente a la carga de la revista en el *Open Journal Systems* (OJS) y en la Hemeroteca Digital (HD) de esta Universidad.

Como un espacio para difundir y poner en debate el conocimiento generado en sus áreas temáticas, el número inaugural propuso artículos que rescatan enfoques, análisis, casos, retos y perspectivas de investigadores de México y Latinoamérica, sobre el Constitucionalismo, el Derecho Electoral y la Teoría de la Democracia. En este segundo número de la revista se incorporan los artículos de investigadores y personalidades, involucrados todos ellos en los aspectos científicos y académicos relacionados con esos temas y que además presentan la discusión relativa al área temática en que se especializa la publicación.

Reconozco y agradezco a los autores por proponer sus artículos, a los científicos sociales consolidados por aportar su experiencia a la revista, a los estudiantes de posgrado, a los lectores y a quienes se interesan en el valor académico de nuestras publicaciones. De esta manera pongo a la consideración de investigadores, docentes, académicos y público en general, esta segunda entrega, con la intención de difundir los diversos resultados de investigación, esperando cubrir con las expectativas y cumplir con el objetivo de que nuestra Universidad, nuestro Estado y nuestro México sea cada vez mejor.

Joaquín Ordóñez

Director de la revista *Ius Comitiâlis*

Extensión de la participación política y de la tutela judicial en la República Argentina

Political participation extension and judicial protection in Argentinian Republic

ALBERTO RICARDO DALLA VIA*

Resumen

Desde la Ley Sáenz Peña se constituyó un significativo avance civil en la construcción de la democracia representativa diseñada en nuestra constitución histórica, la reforma constitucional de 1994, la más importante y extensa de nuestra historia fue también una reforma política trascendental en dirección a una democracia participativa, cuyas consecuencias se reflejan en una mayor equidad en los procesos electorales. Al implementar el carácter universal del sufragio, la Ley N° 8.871 inspiró otras normas que extendieron la composición del cuerpo electoral (Ac. CNE¹ 23/12), como ocurrió con la participación de la mujer a partir de la incorporación del voto femenino en las elecciones de 1951 (Ley N° 13.010); el voto de los argentinos residentes en el exterior (Ley N° 24.007), el voto de los detenidos sin condena (Ley N° 25.858); y el voto de los jóvenes a partir de los 16 años (Ley N° 26.774), entre otras acciones menos relevantes o visibles tendentes también a suprimir las barreras jurídicas y fácticas para continuar expandiendo –dentro de lo previsto por nuestra Constitución Nacional– la participación electoral (Ac. CNE 54/13). Actualmente estamos en presencia de un profuso desarrollo del derecho de participación política, que supone una concepción amplia acerca de la democracia representativa que, como tal, descansa en la soberanía del pueblo.

Palabras clave

Participación Política, Sufragio, Derechos Políticos, Elecciones, Soberanía Popular.

Abstract

Since Sáenz Peña's Act we had a meaningful progress in shaping the representative democracy designed in our original Constitution, while 1994's constitutional amendment -the biggest and most extensive of our history- was also a very important political reform towards a participatory democracy, the consequences of which reflect today in greater equity of electoral processes. From implementing universal suffrage, Act 8871 inspired other legislation that extended afterwards the composition of the electorate (Ac. CNE 23/12) this occurred with women participation as of the incorporation of woman's right to vote in 1951's election (Act 13.010); the right to vote of citizens residing abroad (Act 24.007); the right to vote of unconvicted prisoners (Act 25.858); and the reduction of the voting age to 16 (Act 26.774), among other -less visible or relevant- in order to eliminate legal and factual barriers, to continue expanding electoral participation within our Constitutional stipulations (Ac. CNE 54/13). This way, we are witnessing a profuse development of political participation rights that implies a wide conception of representative democracy that relies on people's sovereignty.

Key words

Political Participation, Suffrage, Political rights, Elections, Popular Sovereignty.

¹ En adelante "Acordada de la Cámara Nacional Electoral".



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

INTRODUCCIÓN

En 1994 se reformó la Constitución incorporándose el capítulo II denominado “Nuevos derechos y garantías”, con lo que se amplió el catálogo tradicional de derechos hacia los derechos de incidencia colectiva o también llamados “nuevos derechos”, y frente a los aportes del constitucionalismo clásico, que era limitante de los derechos constitucionales sobre los derechos subjetivos, incorpora los derechos ajenos a los sujetos en particular y se atribuyen a aquellos pertenecientes a un grupo amplio de personas. Así, a los derechos civiles y políticos de primera generación y a los derechos económicos y sociales de segunda generación se le agregaron también los derechos colectivos, que son de la tercera generación, entre los cuales se encuentran constitucionalmente enumerados aquellos relativos al medio ambiente y los derechos de los usuarios y consumidores.

Asimismo, se contienen los derechos electorales y los relativos a los partidos políticos, aunque se consideran de primera generación son ubicados en el nuevo capítulo, ya que no fueron contemplados en la Constitución histórica, a pesar de que la doctrina y la jurisprudencia ya los habían rescatado a partir de los casos en los que se aplicó la norma establecida en el artículo 33 con un amplio criterio. Posteriormente se ubican los que se han llamado nuevos derechos de participación política, entre los cuales tenemos a la iniciativa popular y también a la consulta popular, con lo que la Constitución acentúa el tránsito que ya se había venido dando desde un modelo individualista y representativo a otro modelo democrático que contempla, asimismo, la participación como uno de los valores.

En la llamada primera generación, esos derechos fueron fundados en el valor de la libertad, mientras que los de segunda generación se apuntalaron en el valor de la igualdad y los de tercera generación lo hicieron en el valor de la solidaridad, considerados como derechos de participación. Derivado de lo anterior surgen los derechos de participación política, los cuales son propios e inherentes a la democracia de tipo participativo y también deliberativo, como se referirá a continuación en un intento por resaltar los aspectos de mayor novedad e impacto que son generadores de amplios debates sociales, políticos y académicos, y también son causa casi directa de la participación ciudadana en los procesos de elecciones.

Se habla mucho de los derechos políticos, sobre todo en países como Argentina donde se ha visto menoscabado su ejercicio, por lo que es imperativo no olvidar la manera en la que se ha ido extendiendo la participación, referida tanto al sufragio activo como al pasivo, y también la ampliación de la protección jurisdiccional.

LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

En todo sistema democrático las elecciones están diseñadas para cumplir con un objetivo importante, ya que mediante ellas el pueblo y la ciudadanía ejercen su soberanía como un poder para constituir de manera directa o indirecta a la estructura gubernamental de un país o de una nación. Por ello, el artículo 23, fracción I, inciso b), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), impone como obligación positiva de todos los estados, que son parte de la misma, a diseñar un sistema de elecciones con la finalidad de que los derechos políticos puedan ser ejercidos a través de lo que se ha llamado “elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”. Así, se ha sostenido que uno de sus aspectos fundamentales en la realización de esas “elecciones libres y democráticas” es que se deben verificar una serie de prácticas y conductas que permitan asegurar una igualdad de oportunidades, así como una verdadera equidad electoral.

No existen muchos precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos políticos, ya que solamente se expidió en su competencia contenciosa en los casos *Yatama vs. Nicaragua* del 23 de junio de 2005, *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* del 6 de agosto de 2008, así como el caso *López Mendoza vs. Venezuela* del 1 de septiembre de 2011, los cuales integran junto con los otros casos contenciosos, sus opiniones consultivas e informes especiales por país (CIDH, 1998; CIDH, 2000; CIDH, 2001) y también peticiones individuales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Ahora bien, los derechos políticos son también derechos humanos con una importancia fundamental para la vida política de un Estado, y en conjunto con otros derechos como a la libertad de expresión, hacen que sistemáticamente se conforme un modelo democrático de reglas relacionadas, tal como lo enfatiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Castañeda Gutman* (Corte IDH, 2008). También la propia convención en su artículo 27 le da esa importancia al prohibir su suspensión y también la de las garantías judiciales que son indispensables para la protección de esos derechos (Corte IDH, 2005).

Tales derechos surgen de un centro de imputación de los derechos que es más restrictivo en cuanto a la posición ciudadana, ya que a diferencia de los derechos civiles de los cuales son titulares todas las personas, se aplican solamente para el caso de ejercicio de soberanía política. De esa manera lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el referido caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* y *López Mendoza vs. Venezuela* (Corte IDH, 2011), en el que ratifica que los titulares de esos derechos políticos siguen siendo los ciudadanos. Por ello, responden a un *status activae civitatis* en un medio político frente al Estado, consecuentemente, son esos los únicos comprendidos desde una postura de libertad y, simultáneamente, de participación activa en la vida de una comunidad política.

De manera específica, el derecho de sufragio (considerando sus dos variantes; pasiva y activa), tiene como objetivo formar la voluntad de los órganos del Estado mediante una elección de los que detentan su titularidad, así como la construcción de los mecanismos que sirven para hacer real y factible la representación ciudadana.

na, por medio de la intervención de partidos políticos; todo ello es indispensable para que un Estado democrático funcione a cabalidad. Todo esto le proporciona a los derechos políticos una singularidad al momento de interpretarlos e, incluso, aplicarlos.

La participación política es de suma importancia en las consideraciones del sistema de protección internacional de los derechos humanos, ya que lo considera como el derecho político por excelencia al reconocer y proteger el derecho y el deber que tienen los ciudadanos de participar democráticamente en los asuntos del Estado (Corte IDH, 2009).

De esa manera, es de considerar que los derechos políticos son una categoría que no siempre goza de ser concisos, cuya especie son los derechos electorales que abarcan los derechos de asociación y reunión con fines políticos, el derecho de petición realizado a las autoridades, los derechos de participación y control y, de manera especial, el derecho a elegir y ser elegido conforme a las leyes (lo cual conforma el voto activo y el pasivo). Los derechos referidos a los ejercicios políticos para el fortalecimiento de la democracia y también para robustecer el pluralismo político son propiciados por "... el ejercicio efectivo de los mismos y constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención", lo anterior de acuerdo con el ya referido caso Castañeda Gutman (Corte IDH, 2008).

Se debe considerar que el "...derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política, este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representan" de acuerdo con el caso Yatama vs. Nicaragua (Corte IDH, 2005).

Asimismo, la participación política puede incluir "...amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa", de acuerdo con el párrafo 141 del caso Castañeda Gutman ya citado (Corte IDH, 2008); pero también los ciudadanos tienen "...el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas, o bien, por medio de representantes libremente elegidos", de acuerdo con el mismo caso Castañeda Gutman citado en su párrafo 147 (Corte IDH, 2008).

Los derechos políticos constituyen derechos de titularidad individual de los ciudadanos que con mucha frecuencia se ejercen de manera conjunta o en grupo, tal como pueden ser la libertad de expresión, el derecho de reunión y el de manifestación, así como el derecho de asociación de partidos; por tal motivo, se debe considerar que están asociados a los "derechos de ejercicio colectivo", los cuales también pueden ser ejercidos con fines específicamente políticos.

En este aspecto se debe referir que en el caso Castañeda Gutman (Corte IDH, 2008), la Corte Interamericana de Derechos Humanos subrayó la estrecha interrelación e interdependencia de los derechos políticos con otros derechos de carácter sensiblemente diferentes, con lo que en su conjunto producen lo que se ha llamado "el juego democrático" al que también ya he referido.

En otro caso anterior, como en Ricardo Canese vs. Paraguay, en su párrafo 90 (Corte IDH, 2004), se había indicado que los ejercicios de los derechos políticos y de la libertad de expresión se encuentran íntimamente ligados y se fortalecen entre

sí, lo anterior, aunque cada derecho tenga su sentido propio y su alcance específico, a veces se requiere de un análisis sistemático para dimensionar apropiadamente las potenciales infracciones, así como sus consecuencias jurídicas.

Como consecuencia, el adecuado ejercicio de los derechos políticos que se encuentran establecidos en el artículo 23 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH, 1969) está vinculado a la concreta vigencia de sus derechos y de sus libertades que están asociadas y entre las cuales se pueden mencionar los siguientes derechos:

- A la libertad de expresión (artículo 13),
- A las garantías judiciales (artículo 8),
- Al derecho de reunión (artículo 15),
- A la libertad de asociación (artículo 16), y
- A la protección judicial (artículo 25)

Respecto a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se encuentran los siguientes:

- El derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión (IV),
- El derecho de asociación (XXII) y reunión (XXI) y
- El derecho de justicia (XVIII).

En consideración de todo lo anterior, se puede partir hacia un análisis y reflexión sobre la posible y deseada extensión de los derechos de participación política en el caso específico de la República Argentina, con lo que también se podrá justificar su implementación en otros espacios estatales y democráticos.

EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

A partir de las diversas ideas y posturas democráticas, uno de los temas de mayor interés fue el de la protección y garantía a las mujeres respecto a su derecho de voto pasivo (además del histórico tema del voto activo), lo que trajo aparejada la sanción de la Ley N° 24.012, llamada “cupo femenino” o “cuota de género”, con lo que se establecía la obligatoriedad de incluir un mínimo porcentaje (30%) de mujeres en las listas de los candidatos que participarían en las elecciones nacionales.

El 14 de diciembre de 2017 fue promulgada –mediante el Decreto N° 1035/2017– la Ley de Paridad de Género en Ámbitos de la Representación Política N° 27.412. Dicha normativa modifica el Código Electoral Nacional, la Ley N° 26.571 (de las Primarias Abiertas, Simultáneas y Obligatorias, artículo, 26 inciso a) y la Ley Orgánica de Partidos Políticos (N° 23.298 y modificados).

Por su parte, y a nivel constitucional, la reforma de 1994 incorporó el artículo 37 de la Constitución Nacional que en su segundo párrafo señala que el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio –recogiendo así la tradición en materia electoral que arranca desde la Ley Sáenz Peña (N° 8.871)– y la última parte del mismo ar-

título favorece la adopción de acciones que tiendan progresivamente a la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a los cargos electivos y partidarios. La Constitución Nacional manda asegurar mediante la implementación de “acciones positivas” en los textos de los artículos 37 y 75 inciso 23, la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso de cargos electivos.

Por su parte, la cláusula transitoria 2ª de la Constitución Nacional señala que “las acciones positivas a que alude el artículo 37 (...) no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta Constitución y durarán lo que la ley determine”. En este punto, nuestro país ha seguido los principios consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, 1969), en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP) y en la Convención contra toda Forma de Discriminación de la Mujer, que en materia electoral y de partidos políticos se pronuncian claramente a favor de una participación igualitaria y sin discriminaciones fundadas en meros prejuicios de género.

Así, la Cámara Nacional Electoral ha asumido cabalmente, el rol que le corresponde y que le ha sido asignado constitucionalmente, como garante respecto al cumplimiento de las medidas que están destinadas a procurar la igualdad real respecto a las oportunidades entre hombres y mujeres en cuanto al acceso a los cargos de elección popular y partidarios, lo cual se puede corroborar en los fallos de ese órgano siguientes: 1568/93; 1586/93; 1595/93; 1863/95; 1866/95; 1867/95; 1868/95; 1869/95; 1870/95; 1873/95; 1984/95; 2669/99; 2878/01; 2918/01; 3005/02; 3780/07, entre otros.

Ese órgano ha sostenido que “no basta que las listas estén compuestas por un mínimo de 30% de mujeres sino que además es necesario que tal integración se concrete de modo que –con un razonable grado de probabilidad– resulte su acceso a la función legislativa en la proporción mínima establecida por la ley y aquél sólo puede existir si se toma como base para el cómputo la cantidad de bancas que el partido renueva” (fallos CNE 1566/93; 1836/95; 1850/95; 1862/95; 1864/95 y 1866/95). A su vez, el Tribunal le reconoció legitimación activa a una ciudadana con el fundamento de que “[s]i la lista de un partido no se ajusta a lo que marca la ley, no solamente la está violando, sino que también está restringiendo y vulnerando ese derecho del sufragante que nace de ella y que tiene por tanto raíz constitucional” (fallo CNE 1836/95).

En esa causa se presentó la señora María Teresa Merciadri de Morini como afiliada a la Unión Cívica Radical (UCR) –distrito Córdoba–, impugnando la lista de candidatos a diputados nacionales de dicho partido, la cual se habría conformado colocando mujeres en los puestos 3º y 6º. Las partes en este caso llegan a un acuerdo de solución amistosa basado en la nueva reglamentación sobre cupo femenino aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe 103/01 (CIDH, 2001).

En el referido Informe se señala que “la Comisión valora altamente los esfuerzos desplegados por ambas partes para lograr esta solución basada en el objeto y fin de la Convención. Como la Comisión ha señalado en otras ocasiones, la consecución de la participación libre y plena de la mujer en la vida política es una prioridad para nuestro hemisferio (CIDH, 1998 y 2000). En este sentido, la Ley Nº 24.012 tuvo el propósito de lograr la integración efectiva de la mujer en la actividad política, y el Decreto Nº 1246 dictado como producto de la solución lograda tiene el objetivo complementario de garantizar el cumplimiento eficaz de dicha Ley” (CIDH, 2001). Asimismo, la Ley Nº 26.571 establece el derecho de participación política de las mujeres al establecer que las agrupaciones políticas para su organización interna

deben respetar la paridad de género, sin necesidad del cumplimiento estricto del principio de alternancia (art. 3º, inciso b).

Como se observa, la jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral cuenta con innumerables pronunciamientos en los cuales debía interpretar las disposiciones de la Ley N° 24.012. Sin embargo, hasta el 20 de abril de 2017 no se había pronunciado respecto de la igualdad de género hacia el interior de los partidos políticos, por ausencia de una causa judicial que así lo planteara.

Así, tuvo la oportunidad en la causa “Villar, Daniel Osvaldo c/Unión Popular ON s/fórmula petición – Unión Popular ON” (CNE, 2017), donde el Tribunal resolvió el caso planteado por algunos afiliados del partido político Unión Popular que cuestionaban la legitimidad de la integración de los órganos directivos de la entidad. En ese sentido, se dispuso la intervención judicial de la agrupación para normalizar situaciones irregulares vinculadas con el incumplimiento de la ley de cupo o cuota de género. Para decidir, la Cámara consideró que “es imprescindible que los postulados democráticos que rigen la organización política en la cual los partidos encuentran su razón de ser y su génesis, se hallen presentes hacia el interior de esas asociaciones (fallo CNE 4535/2011).

Al respecto, se sostuvo que el “... carácter y la función que los partidos políticos invisten en la democracia, exigen imperiosamente la organización de estos sobre la base de los principios democráticos, como requisito indispensable para el logro de su suprema finalidad” (Linares, 1945, p. 181), puesto que “la democracia es tanto más perfecta cuanto más perfectos son los partidos políticos. Y la perfección [...] solamente puede conseguirse en la órbita política, con agrupaciones cívicas democráticamente organizadas”, y resaltan que “el planteo que motiva la presente causa se encuentra vinculado con la propia legitimidad de los máximos órganos de gobierno de la agrupación, cuya normal constitución y funcionamiento debe resguardar la justicia electoral” (Linares, 194, p. 181).

Finalmente, otro de los recientes pronunciamientos de la Cámara Nacional Electoral sobre esta materia se dio en los autos “Incidente de Ciudad Futura Nro. 202 – distrito Santa Fe en autos Ciudad Futura Nro. 202 – distrito Santa Fe s/ elecciones primarias – elecciones 2017”, en el expediente. N° CNE 5385/2017/1/CA1, mediante sentencia de fecha 13 de julio de 2017 (CNE, 2017). En dicho caso se pretendía oficializar una lista integrada en su totalidad por mujeres. El Tribunal –por voto de la mayoría– resolvió confirmar la sentencia de primera instancia que ordenaba al apoderado de la citada agrupación que presente una nueva nómina de precandidatos compuesta por varones y mujeres, en virtud, principalmente, de la manda constitucional del artículo 37 que habla específicamente de la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a los cargos electivos y partidarios; reafirmandose con ello la democracia representativa frente a la inclusiva.

Otra modalidad de extensión del sufragio activo es la que establece la Ley N° 24.007, que permite a los argentinos residentes en el exterior votar en los comicios nacionales. En este punto se ha sostenido que respecto a esos ciudadanos “debe procurar facilitarse [...] el ejercicio de otros derechos que, como el de afiliación, integran también el plexo de los derechos políticos ciudadanos propios de toda democracia” (fallo CNE, 1756/94).

Otro caso fue la admisión del sufragio activo de los privados de libertad sin condena, que a partir del caso “Mignone” (fallo CNE 2807/2000), ejercen su derecho sin restricción en las penitenciarías donde se encuentran alojados. En este sentido, el fallo citado del año 2000 hizo lugar a un amparo promovido por un organismo no gubernamental, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS),

para declarar la inconstitucionalidad de un artículo del Código Electoral Nacional que excluía del sufragio activo a quienes se encontraban privados de libertad sin condena en distintos establecimientos carcelario del país. De ese modo, se hizo valer el inciso 2° del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH, 1969), que limita la potestad de reglamentación legal de los derechos de participación política "...exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal".

La misma sentencia reconoció legitimación activa a una asociación representativa de intereses de incidencia colectiva en general, conforme la califica el artículo 43 de la Constitución Nacional al consagrar el llamado amparo colectivo.

A su vez, en la causa "Zárate, Marcelo Antonio s/amparo" (fallo CNE 3142/2003), del 2003, la Cámara Nacional Electoral se volvió a pronunciar sobre el tema destacando que "la privación del ejercicio del sufragio para los ciudadanos que se encuentren en esta condición procesal, importa vulnerar el principio de inocencia que se encuentra ínsito en el artículo 18 de la Constitución Nacional y expresamente previsto en los artículos 8°, párrafo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y párrafo 14, inciso 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966), efectuándose así una discriminación arbitraria... No cabe sino concluir entonces que la restricción de acceder al acto electoral, impuesta al recurrente por su condición de procesado, constituye un trato incompatible con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

Finalmente, con anterioridad a la sanción de la Ley N° 25.858, frente al incumplimiento por parte de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados como se les intimó en el mencionado caso "Mignone", entendió que "corresponde hacer lugar a la acción deducida comunicando al Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata –a cuya disposición se encuentra el recurrente– que deberá arbitrar los medios a su alcance a fin de hacer efectivo [su derecho]". En el 2006 se reglamentó, finalmente, el ejercicio del sufragio activo de los procesados con prisión preventiva.

El 24 de mayo de 2016 mediante una sentencia de la Cámara Nacional Electoral dictada en la causa "Procuración Penitenciaria de la Nación y Otros c/Estado Nacional", extendió ese derecho también a los condenados. Para decidir se hizo mérito de decisiones adoptadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esa materia ("Hirst v. The United Kingdom" del 2005, "Frodl v. Austria" del 2010, "Firth and others v. The United Kingdom" del 2014 "McHugh and others v. The United Kingdom" del 2015, entre otros), enfatizando que el diálogo entre Tribunales es en nuestros días una importante fuente. La Cámara Nacional Electoral resolvió –en la causa "Procuración Penitenciaria de la Nación y otro c/Estado Nacional – Ministerio del Interior y Transporte s/amparo– Acción de Amparo Colectivo (Inconstitucionalidad arts. 12 y 19 inc. 2 C.P. y 3 inc. 'e', 'f' y 'g' C.E.N.)" (Expte. N° CNE 3451/2014/CA1)– declarar la inconstitucionalidad de los incisos 'e', 'f' y 'g' del artículo 3° del Código Electoral Nacional y de los artículos 12 y 19 inciso 2° del Código Penal de la Nación y requirió al Congreso Nacional que extreme los recaudos necesarios a fin de revisar la reglamentación vigente a la mayor brevedad posible. Aun no se ha sancionado una ley al respecto.

En cuanto a los partidos políticos, el artículo 38 de la Constitución Nacional los considera como instituciones fundamentales del sistema democrático, en tanto que la jurisprudencia ya había admitido su inserción constitucional sobre la base de

los artículos 1º, 14, 22 y 33. El nuevo artículo incorpora también varios postulados del derecho político: la necesaria forma de organización y funcionamiento interno con contenidos democráticos; la representación de las minorías en el gobierno de los mismos; la “competencia” para proponer candidaturas para la ofertas electorales a cargos públicos electivos; y el derecho a la difusión de sus ideas a través de los medios junto con el acceso a la información pública.

La norma constitucional, a su vez trata lo relativo al financiamiento de los partidos políticos. La solución alcanzada en la Convención Nacional Reformadora equilibra la responsabilidad primaria del Estado al sostenimiento económico de sus actividades y a la formación de sus cuadros y la obligatoriedad de dar publicidad del origen y destino de los fondos privados recibidos y del patrimonio de los partidos políticos. En este sentido, se ha sancionado la Ley de Financiamiento de los Partidos Políticos (Ley N° 26.215) que alienta la participación de la ciudadanía en el proceso de control de los fondos.

Dicha participación no puede considerarse agotada en la circunstancia de que los terceros puedan tomar conocimiento sobre la procedencia y destino de los fondos, a efecto de hacerlos más transparentes propendiendo a lo que se ha dado en denominar el “voto informado” del elector, sino también permitiéndoles colaborar en el proceso, al admitirles las observaciones que presentaren sobre las posibles anomalías que –a su juicio– detectaren sobre los estados contables. Tal actitud guarda adecuada coherencia con la concepción más participativa del sistema democrático, conforme resulta de las distintas normas agregadas a la Constitución en la reforma de 1994 (artículos 36 a 40 de la Constitución Nacional).

Otro aspecto de la participación de la ciudadanía está dado en el proceso de oficialización de candidaturas, y esto puede verse en la Acordada CNE N° 32/09 que estableció la publicación en el sitio de Internet del fuero electoral de las listas de candidatos a los efectos de que “los particulares o el representante del Ministerio Público Fiscal puedan someter a los magistrados las cuestiones que entiendan relevantes a tal fin”.

Con motivo de las elecciones legislativas del 2009, y ante los precedentes de la Corte Suprema en materia de legitimación activa, la Cámara en la causa “Barcesat” (fallo CNE 4156/2009), le reconoció legitimación para promover acción de amparo a un elector de la Ciudad de Buenos Aires, tendente a evitar que participen en los comicios legislativos aquellos que estén ejerciendo cargos públicos electivos sin renunciar con anterioridad a los mismos.

En tal sentido ha señalado que “más allá de la legitimación que quepa conferir al recurrente a la luz de lo resuelto recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resulta pertinente recordar que esta Cámara ha expresado que la etapa de registro de candidatos y oficialización de listas (artículos 60 y 61 del Código Electoral Nacional) reviste especial trascendencia [...], pues tiene por objeto comprobar que los ciudadanos propuestos por las agrupaciones políticas reúnen las calidades constitucionales y legales requeridas para el cargo que pretenden [...]”.

Un tema de mucha actualidad, en los últimos tiempos, es el ejercicio del sufragio activo de las minorías desprotegidas y desamparadas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, que hace que determinados “personajes” encuentren un campo fértil para ejercer lo que se ha denominado “clientelismo político”. Las prácticas clientelares –entre las que se encuentra la denominada “compra de votos”– conspiran contra la expresión de libre voluntad que constituye un presupuesto indispensable del ejercicio del sufragio. El concepto general de clientelismo político está acotado en nuestra sociedad a una mera permuta de favores entre

jefes partidarios y potenciales electores provenientes en su mayoría de clases bajas y desamparadas.

Estas prácticas vulneran el ejercicio de los derechos políticos, ya que cuando los instrumentos internacionales² hacen referencia al voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores procuran resguardar al sufragante de toda intimidación, pues la libertad del voto conlleva inexorablemente el derecho de cada elector de expresar su voluntad sin ser objeto de presión alguna. En las elecciones legislativas del 2009, la Cámara Nacional Electoral ha dictado un pronunciamiento, en la causa “Sublemas del Acuerdo Cívico y Social de Formosa s/ protesta” (fallo CNE 4283/09), a fin de salvaguardar los derechos políticos de las comunidades indígenas frente a distintas maniobras, como la retención de documentos cívicos, que se habían venido evidenciado en distintas elecciones, tendientes a distorsionar la libertad cívica de ciudadanos pertenecientes a comunidades indígenas de distintas localidades de la provincia de Formosa. Allí, se ha establecido que “los hechos denunciados involucran a un gran número de integrantes de pueblos originarios, quienes enfrentan serias dificultades que los mantienen en una situación de vulnerabilidad y marginalidad” (fallo CNE 4283/09). Lo que implica “el establecimiento de determinadas medidas con el fin de procurar en la práctica la igualdad de oportunidades que permitan corregir las situaciones que son el resultado de conductas discriminatorias”.

No es ocioso recordar al respecto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que en “... lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres” (caso “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, sentencia de 17 de junio de 2005).

Como lo ha establecido el citado Tribunal internacional “el artículo 23 de la Convención no sólo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término ‘oportunidades’. Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos, por lo que es “... indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación”, lo anterior derivado del caso “Castañeda Gutman” ya citado (Corte IDH, 2008).

Vale aclarar que cuando en los instrumentos internacionales se hace referencia a “voto secreto que garantice” la libertad del voto” (art. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos) o “la libre expresión de la voluntad de los electores” (art. 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 23 de la CADH) lo que se procura es poner al sufragante al abrigo de toda intimidación. El principio de libertad del voto significa que cada elector debe poder sufragar sin ser objeto de presión alguna (fallo CNE 2534/99).

Habermas ha señalado que el “... problema se plantea en las sociedades democráticas cuando la cultura mayoritaria políticamente dominante impone su for-

2 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), artículo 23, inc. 2º y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 25, inc. b. En sentido análogo, Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 21, inc. 3º y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XX.

ma de vida y con ello fracasa la igualdad de derechos efectiva, de ciudadanos con otra procedencia cultural” (1999, p. 123), y al decir de Dworkin (2002, p. 211), la “... teoría constitucional sobre la cual se basa [un] gobierno [democrático] no es una simple teoría mayoritaria. La Constitución [...] está destinada a proteger a los ciudadanos, individualmente y en grupo, contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría de ciudadanos, aun cuando esa mayoría actúe siguiendo lo que para ella es el interés general o común”.

Tales prescripciones se enmarcan en una concepción progresiva de los derechos fundamentales que no sólo requieren del Estado una posición de mero garante neutral o abstencionista, sino que le encomienda remover los obstáculos para hacer verdaderamente efectiva la realización de tales derechos, en el caso, a la participación política. Por otra parte, no podemos dejar de mencionar la extensión de los alcances del derecho de sufragio activo que establece la participación de todos los ciudadanos en los procesos de selección partidaria de las candidaturas –elecciones primarias– que luego van a competir en la elección de las máximas autoridades públicas nacionales: Presidente y Vicepresidente, Diputados Nacionales y Senadores Nacionales, así como también Parlamentarios del MERCOSUR.

En Argentina, tras la crisis de 2001, el legislador ya había establecido –con la Ley N° 25.611– un régimen de elecciones internas abiertas, obligatorias y simultáneas de todos los partidos políticos que actúan en el orden federal. Sus magros resultados, por todos conocidos, obedecieron en parte a una cadena sucesiva de vetos y normas modificatorias, y otro tanto al escaso apego de la mayoría de los dirigentes partidarios, como de los afiliados y los ciudadanos independientes, a este sistema que se aplicó por primera vez en las elecciones legislativas de 2005, ya que, en el 2003 el Congreso la había suspendido por el término de un año.

En su única aplicación sólo 23 agrupaciones políticas –distribuidas en 15 distritos– de las 260 que intervinieron en los comicios generales llevaron a cabo efectivamente el proceso de elección interna abierta. En las restantes agrupaciones se proclamó una única lista presentada. Modalidad que admitía la reglamentación dispuesta por el Poder Ejecutivo. Así, más del 90% del total de los partidos políticos eludió el mecanismo de las internas abiertas, que finalmente en diciembre de 2006 fue derogado (Ley 26.191).

Ahora bien, las elecciones primarias establecidas en la Argentina por la Ley N° 26.571 de finales de 2009 prevé la obligatoriedad del voto, como rige en la elección general. Asimismo, el sistema es de elección abierta plena, es decir, todos los ciudadanos, sin distinción entre afiliados e independientes, podrán votar a cualquiera de los precandidatos de los partidos contendientes. Por ello, válidamente se puede decir que tal esquema nos otorga el permiso de calificar las nuevas elecciones internas abiertas como elecciones consideradas como verdaderamente primarias, considerando que del mismo cuerpo electoral, que ha sido llamado a ejercer su derecho de voto a través de sus representantes, acude de inicio a las urnas para realizar una preselección a los candidatos postulados por los partidos políticos.

La Cámara Nacional Electoral se pronunció sobre el sistema de primarias en el caso “Llaver” (fallo CNE 4597/11), allí dijo que:

Dentro de los distintos sistemas de elecciones primarias nuestro legislador –con la sanción de la Ley 26.571 [...]– no optó por un sistema cerrado [...] sino muy por el contrario adoptó un sistema de primarias abierto y pleno que toma el aspecto de una verdadera elección preliminar [...] Así pues, mediante el voto de los ciudadanos no afiliados y afiliados, las

primarias abiertas constituyen un mecanismo concreto de participación popular [...]. Dicho sistema tiende también a la real democratización de la vida partidaria, a que la voluntad popular con expresión democrática es preciso que se manifieste no solamente en la formalidad de las elecciones generales, sino también en la nominación de candidatos, alcanzando así una solución democrática a los conflictos del internismo que originan las candidaturas.

A este respecto, la ley dispone incluso que “para las elecciones primarias se utilizará el mismo padrón que para la elección general en el que constarán las personas que cumplan 16 años hasta el día de la elección general”. Como se advierte –más allá de la deficiente redacción– los jóvenes que tengan 15 años el día de la elección primaria podrán votar si cumplen la mayoría de edad antes o el mismo día de la elección general. Las edades antes señaladas corresponden a una modificación introducida mediante la Ley 26.774, que habilitó, para las elecciones nacionales, el voto de los jóvenes. Así pues, la norma promulgada el 1 de noviembre de 2012 estableció que dichos sujetos gozan de todos los derechos políticos, conforme a la Constitución Nacional y a la ley citada.

La exigencia de una edad mínima tiene una relación directa con la configuración del sufragio como instrumento al servicio de la participación política; ésta requiere la capacidad para autodeterminarse para intervenir en la formación de las diferentes opciones políticas y para poder pronunciarse sobre ellas, lo que únicamente puede hacerse si se cuenta con la capacidad suficiente para discernir entre unas y otras propuestas.

La Ley N° 26.774 extendió, entonces, el derecho de sufragio activo a los jóvenes argentinos nativos y por opción desde los 16 años (Ley 19.945 modificada por la Ley 26.774). En este sentido, a partir de la sanción del citado texto legal, integran el cuerpo electoral y por lo tanto son aptos para sufragar en las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias, así como también en las elecciones generales (Ley 26.571, modificada por la Ley 26.774). Asimismo, corresponde resaltar que, si bien el voto de los jóvenes en la Argentina es obligatorio, tanto los menores de 18 años como los mayores de 70 años que no hubieran emitido su voto no figuraran en el Registro de Infractores al deber de votar, por lo que no se le aplicará una sanción por la no emisión del voto (Ley 19.945, modificada por Ley 26.774).

CONCLUSIONES

Desde la Ley Sáenz Peña se constituyó un significativo avance civil en la construcción de la democracia representativa, diseñada en nuestra constitución histórica, en tanto la reforma constitucional de 1994, la más importante y extensa de nuestra historia, fue también una importante reforma política en dirección a una democracia participativa, cuyas consecuencias se reflejan en una mayor equidad de los procesos electorales. Por ello, al implementar el carácter universal del sufragio, ha habido influencia de otras normas que extendieron luego la composición del cuerpo electoral (Acordada CNE N° 23/12), como ocurrió con la participación de la mujer a partir de la incorporación del voto femenino en las elecciones de 1951 (Ley N° 13.010); el voto de los argentinos residentes en el exterior (Ley N° 24.007), el voto

de los detenidos sin condena (Ley Nº 25.858); y el voto a partir de los jóvenes de 16 años (Ley Nº 26.774), entre otras acciones menos relevantes o visibles tendientes también a suprimir las barreras jurídicas y fácticas para continuar expandiendo –dentro de lo previsto por nuestra Constitución Nacional– la participación electoral (Acordada CNE Nº 54/13).

De esta manera, en la actualidad, asistimos a un profuso desarrollo del derecho de participación política, que supone una concepción amplia acerca de la democracia representativa que, como tal, descansa en la soberanía del pueblo y en la cual las funciones a través de las que se ejerce el poder son desempeñadas por personas escogidas en elecciones libres y auténticas (González, 1897, p. 298). De ahí la importancia que asume el sufragio como derecho público subjetivo de naturaleza política que consiste en el derecho que tienen los ciudadanos de elegir, ser elegidos y participar en la organización y actividad del poder en el Estado. Con anterioridad a la Ley Sáenz Peña, ya Joaquín V. González había señalado que el sufragio “es la participación en el gobierno, y en el sentido más positivo de nuestras instituciones, es la participación en el nombramiento de los funcionarios y en la deliberación y decisión de los asuntos públicos” (1897, p. 298). Declara que el sufragio “posee las tres cualidades”, es un derecho, un deber y una función pública. Por ello, como se dijo, el “... derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán”. En este punto, el presente trabajo intentó desarrollar como ha sido la evolución en nuestra historia política-electoral, respecto a la participación política y a la protección judicial de los distintos actores de la comunidad con el fin de asegurar y hacer efectivo sus derechos.

Sobre estas premisas, siempre es bueno y oportuno recordar los principios clásicos, entre los que se encuentra el artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia, conforme al cual, un Estado en el que no esté garantizada la separación de poderes ni asegurados los derechos fundamentales, no tiene Constitución. Al respecto, la Corte Suprema ha dicho que cualquier otro sistema que no apunte a la universalidad del sufragio niega la igualdad de los ciudadanos y, a diferencia del sufragio restringido, que clausura el acceso al poder al pueblo, su función es hacer posible el gobierno del pueblo o de una de sus mayorías, aproximando el ideal democrático a la realidad de la vida. La historia, la de nuestro país y la de muchos otros, muestra la lucha por su consagración plena y el sucesivo abandono de clasificaciones que reparaban en el sexo, estado o condición del elector, tal como disponía el artículo 2º de la Ley Nº 8.871. El derecho a votar libremente por un candidato de su propia elección –como lo ha decidido la Suprema Corte de los Estados Unidos de América– es de la esencia de una sociedad democrática y toda restricción de ese derecho golpea el corazón del gobierno representativo (SC, 1964).

Hamilton, en una de sus obras explica muy certeramente que para “una democracia que adhiere al principio de sufragio universal como ideal normativo, es decir, una democracia inclusiva, el sufragio es atribuido en principio a todos y lo que debe justificarse es la expulsión de un sujeto o grupo de sujetos de ese “círculo” de titulares” (Hamilton, 2012, pp. 1478-1484; Olsson, 2008, p. 57). Es el sistema político democrático, el que más garantiza la participación en el dictado de las normas de forma tal que estarán representadas en ellas el máximo de puntos de vista e intereses individuales. Cuanto más pluralista y participativa es la democracia

mayor legitimidad habrá en las decisiones, puesto que las necesidades individuales se identificarán con el interés de la comunidad (Dalla, 2013).

REFERENCIAS

1. Cámara Nacional Electoral (CNE) (1912). Acordada CNE N° 23/1912, Buenos Aires, 12 de marzo.
2. Cámara Nacional Electoral (CNE) (2016). Causa “Procuración Penitenciaria de la Nación y otro c/Estado Nacional-Ministerio del Interior y Transporte s/amparo – Acción de Amparo Colectivo (Inconstitucionalidad arts. 12 y 19 inc. 2 C.P y 3 inc. ‘e’, ‘f’ y ‘g’ C.E.N.)”. Expte. N° CNE 3451/2014/CA1 de la CNE, sentencia del 24 de mayo.
3. Cámara Nacional electoral (CNE) (2017). Causa “Incidente de Ciudad Futura Nro. 202 – distrito Santa Fe en autos Ciudad Futura Nro. 202 – distrito Santa Fe s/elecciones primarias – elecciones 2017” (Expte. N° CNE 5385/2017/1/CA1), sentencia de fecha 13 de julio.
4. Cámara Nacional Electoral (CNE) (2017). Causa “Villar, Daniel Osvaldo c/Unión Popular ON s/formula petición – Unión Popular ON” (Expte. N° CNE 6713/2016/CA1), sentencia del 20 de abril.
5. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 1566/93.
6. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 1568/93.
7. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 1586/93.
8. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 1595/93.
9. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 1756/94.
10. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 1836/95.
11. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 1850/95.
12. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 1862/95.
13. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 1863/95.
14. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 1864/95.
15. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 1866/95.

16. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 1867/95.
17. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 1868/95.
18. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 1869/95.
19. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 1870/95.
20. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 1873/95.
21. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 1984/95.
22. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 2534/99.
23. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 2669/99.
24. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 2807/2000.
25. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 2807/2000.
26. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 2878/01.
27. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 2918/01.
28. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 3005/02.
29. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 3142/2003.
- 30. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 3142/2003.**
31. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 3780/07.
32. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 4535/2011.
33. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo CNE 4156/2009.
34. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo CNE 4283/2009.
35. Cámara Nacional Electoral (CNE). Fallo 4597/2011.
36. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Recuperado de <https://www.cels.org.ar/web/>.
37. Código Nacional Electoral, Ley N° 19.945, Buenos Aires, Boletín Oficial, 6 de septiembre de 1983.
38. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (1998). Informe sobre la condición de la mujer en las Américas, 13 de octubre.
39. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2000). Infor-

me Anual del 13 abril, vol. II, cáp. VI, sección IV “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”.

40. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2001). Informe 103/01, caso 11.307, Argentina del 11 de octubre, párr. 16.
41. Constitución de la Nación Argentina (CNA), Ley Nº 24.430 1, Sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994, sancionada en diciembre 15 de 1994 y promulgada en enero 3 de 1995, Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
42. Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (1969). San José, Costa Rica, 22 de noviembre.
43. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2011). Caso López Mendoza vs. Venezuela, sentencia 1 de septiembre de 2011, Serie C, No. 233.
44. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2004). Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C, No. 111.
45. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2005). Caso “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, sentencia de 17 de junio.
46. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2005). Caso YATAMA vs. Nicaragua, sentencia del 23 de junio de 2005, Serie C, No. 127.
47. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2005). Caso YATAMA vs. Nicaragua, Sentencia del 23 de junio de 2005, Serie C, No. 127.
48. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2005). Opinión Consultiva OC- 6/86 del 9 de mayo, La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la convención Americana de Derechos Humanos, Serie A, No. 69.
49. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (2008). Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia del 6 de agosto de 2008, Serie C, No. 184, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
50. Corte Interamericana de los Derechos Humanos (Corte IDH) (2009). Informe sobre la Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, 2009.
51. Dalla Via, A. R. (2013). *Instituciones de Derecho Político y Constitucional*,

Teoría del Estado y la Constitución - Derecho político y electoral. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

52. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) (1948). *Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana.* Bogotá, Colombia.
53. Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) (1948). Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), 10 de diciembre.
54. Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio.* España: Ed. Ariel.
55. González, Joaquín V. (1897). *Manual de la Constitución Argentina.* Buenos Aires: Ángel Estrada y CA editores.
56. Habermas, J. (1999). *La inclusión del otro, estudios de la teoría política.* Barcelona: Ed. Paidós.
57. Hamilton, V. (2012). Democratic inclusion, cognitive development, and the age of electoral majority. *Brooklyn Law Review*, 77 (4), pp. 1478-1484.
58. Ley 13.010, Buenos Aires, Boletín Oficial, 27 de septiembre de 1947.
59. Ley 24.007, Buenos Aires, Boletín Oficial, 5 de noviembre de 1991.
60. Ley 24.012, Buenos Aires, Boletín Oficial, 3 de diciembre de 1991.
61. Ley 25.858, Buenos Aires, Boletín Oficial, 6 de enero de 2004.
62. Ley 25.611, Buenos Aires, Boletín Oficial, 4 de julio de 2002.
63. Ley 26.191, Buenos Aires, Boletín Oficial, 29 de diciembre de 2006.
64. Ley 26.215, Buenos Aires, Boletín Oficial, 17 de enero de 2007.
65. Ley 26.571, Buenos Aires, Boletín Oficial, 14 de diciembre de 2009.
66. Ley 26.774, Buenos Aires, Boletín Oficial, 2 de noviembre de 2012.
67. Ley 27.412, Buenos Aires, Boletín Oficial, 15 de diciembre de 2017.
68. Ley 8.871, Boletín Oficial de la República Argentina, 26 de marzo de 1912.
69. Linares Quintana, S. (1945). *Los partidos políticos. Instrumentos de gobierno.* Buenos Aires: Alfa.

70. Olsson, S. (2008). Children's Suffrage: A Critique of the importance of Voters. *The International Journal of Children's Rights*, 16 (1), pp. 55-76.
71. Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Oficina del Alto Comisionado, 16 de diciembre.
72. Supreme Court (SC) (1964). United States, Doctrina del voto del Chief Justice Warren 377 U.S. 533, Reynolds vs. Sims, punto II, primer párrafo.

Las teorías democráticas y el actual Estado mexicano

The democratic theories and the current mexican State

Les theories democracies et l'actuel État mexicaine

NAIM FRANCO SAUCEDO*

Resumen

El presente artículo muestra un análisis de la participación ciudadana en la construcción de la democracia; este sistema político, si bien, es cotidiano y actualmente aceptable, no siempre ha gozado de buen prestigio, los más celebres filósofos de todos los tiempos, los de la Grecia clásica: Sócrates, Platón y Aristóteles aportaron el por qué no considerarlo un sistema óptimo en la toma de decisiones, y se ha fortalecido a través del tiempo. Sin embargo, en la teoría democrática se puede advertir que aún hay áreas de oportunidad por fortalecer; Schumpeter, por ejemplo, visualiza a la ciudadanía en un papel reducido al voto. Una vez logrado este análisis, el siguiente reto es ver en qué condiciones democráticas se encuentra el caso mexicano, ello con miras a definir líneas de acción para elevar la calidad de la democracia, y no se encuentre limitada a los procesos electorales, en realce fundamental se estudia la elección presidencial 2018 y el poco interés social sobre la toma de decisiones públicas.

Democracia, Gobierno, Ciudadanía, Participación ciudadana, Indiferencia social.

Palabras clave

Abstract

In this article, you will find an analysis of citizen participation in the construction of democracy; this political system, while us is daily and currently acceptable, has not always enjoyed good prestige, the most famous philosophers of all time, those of the classical Greece: Socrates, Plato and Aristotle stated contributions does not consider him a optimal system in decision-making, has been strengthened through time; However, in democratic theory, it can warn that there are still areas of opportunity that strengthen; Schumpeter, for example, display to citizenship in a role reduced to vote. Once succeeded in this analysis, the next challenge is to see the Mexican case in democratic conditions, with a view to define lines of action for raising the quality of democracy, and is not limited to electoral processes, on enhancement fundamental studies the presidential election 2018 and the lack of social interest on making public decisions.

Key words

Democracy, Government, Citizenship, Citizen participation, Social indifference.



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

* Universidad Autónoma del Estado de México, México. Correo de contacto: naimfs@hotmail.com

Résumé

Dans cet article, on fait un analyse de la participation citoyenne à la construction de la démocratie; Ce système politique, tout en nous est quotidienne et actuellement pris en charge, n'a pas toujours connu bon prestige, les plus célèbres philosophes de tous les temps, ceux de la Grèce classique: Socrate, Platon et Aristote a déclaré cotisations ne tient pas compte de lui un optimale du système de prise de décision, a été renforcée à travers le temps; Cependant, la théorie démocratique, il peut avertir qu'il subsiste des zones d'opportunité qui renforcent; Schumpeter, par exemple, l'affichage à la citoyenneté dans un rôle réduit à voter. Une fois parvenu à cette analyse, le prochain défi est de voir l'affaire mexicaine dans des conditions démocratiques, en vue de définir des lignes d'action pour l'amélioration de la qualité de la démocratie et qu'il n'est pas limité aux processus électoraux, sur l'amélioration fondamentaux des études sur l'élection présidentielle 2018 et le manque d'intérêt social pour prendre les décisions.

Mots-clés

Démocratie, Gouvernement, Citoyenneté, Participation citoyenne, Indifférence social.

INTRODUCCIÓN

Según Dahl (1999) es probable que el origen de la palabra democracia surgiera en Grecia en tono de desprecio hacia la gente común que arrebató el control del gobierno a la aristocracia, si bien, se forma a través de dos palabras griegas *demos* y *kratos*, la primera hace referencia al pueblo y la segunda al gobierno.

La dupla ciudadanía y el gobierno son elementos que deben estar de la mano para el fortalecimiento de la democracia, si uno de ellos actúa sin observar el fortalecimiento del otro, frenará un avance potencial en los estados democráticos, en consecuencia, se generan asimetrías sociales, ingobernabilidad y poco acceso a la toma de decisiones públicas.

Actualmente la palabra democracia es común en nuestro vocabulario, en nuestra forma de vida e incluso en la toma de decisiones, pero quedan pendientes muchos matices referentes al quehacer de la democracia, puesto que a pesar de la popularidad del término, está lejos de considerarse un sistema político con vigencia

real. Estudios como el *Economist Intelligence Unit* (perteneciente al grupo editorial *The Economist*), indican que a nivel internacional, con una democracia plena, sólo se tiene a 25 países, en su mayoría europeos, con Uruguay y Costa Rica como únicos representantes latinoamericanos, estando México fuera de este contexto.

México desde su constitución se considera como un estado democrático, organizado como una república representativa y federal, integrada por 32 entidades federativas, sin embargo, para la consolidación de una democracia efectiva, no basta con el pronunciamiento, sino con la toma de decisiones por parte de las autoridades, representantes políticos y la ciudadanía en general. Para ello, se abordará el análisis de la democracia y en especial sobre la participación de la ciudadanía en el Estado mexicano, si tal participación se representa únicamente en el proceso de electoral no es suficiente para una real democracia, lo importante aquí es el análisis de una participación efectiva en la toma de decisiones.

DEMOCRACIA, RACIONALIZACIÓN Y ORIGEN DEL CONCEPTO

ANTIGUA GRECIA: SÓCRATES, PLATÓN Y ARISTÓTELES

Para dar inicio al estudio de la democracia, en orden cronológico, se estudian a tres exponentes de la antigua Grecia, a tres filósofos relacionados entre sí, Sócrates maestro de Platón y éste a su vez maestro de Aristóteles. Cada uno de ellos fundó una escuela de conocimiento en la cual aportaron diversos temas que iban desde los ideales morales hasta la forma en que se gobierna.

Partiendo del griego Sócrates (470 a.C.-399 a.C.), quien vivió en una etapa donde Atenas era una ciudad ejemplo de civilización para el mundo helénico y caracterizada por el florecimiento de la democracia, aporta que un individuo debe capacitarse en la esfera individual para el gobierno de sí mismo y en la esfera política para el gobierno de la ciudad, este legado fue compartido a través de las tertulias en las que participaba, puesto que no hay un escrito de él; sobre las formas de gobierno se mantenía a favor de ubicar lo que es justo e injusto, bueno y malo, criticaba a la democracia, siendo ésta el punto de proyección de su ciudad.

La filosofía política de Sócrates parte de la negación de la tesis de Protágoras; el saber político funciona con la misma lógica que el saber técnico: se adquiere con esfuerzo y, en tanto que es el más elevado y el más difícil de adquirir, está tanto más restringido a un pequeño número de personas. En consecuencia, poner la *polis* en manos de la multitud, como ocurre en la democracia, es tan absurdo como poner al yuntero a cocinar y al cocinero a labrar la tierra. La democracia es una forma irracional de gobernar el estado (Solano, 2013, p. 92).

Tal pensamiento incluso le mereció la muerte, ya que se le consideró como una persona que corrompía a la juventud y se le condenó a beber cicuta y morir envenenado.

nado, al respecto y manteniendo su postura de justicia no se negó a beber el líquido, argumentando “más vale sufrir una injusticia que cometerla”.

Distintas son las interpretaciones acerca del pensamiento socrático, sin embargo, un punto relevante de su método de enseñanza se proclamaba ante un criterio natural, no dirigido, sino que se basara en el criterio personal y el estudio individual, por ello no consideraba a la democracia como la mejor forma de gobierno, no la condenó como lo hicieron otros filósofos de la época.

Su discípulo Platón, afecto al estudio de la política y la filosofía, por el cual, incluso se aparta del ejercicio público, ante su condena de muerte huye de Atenas al sur de Italia, donde es preso; tras su regreso a Atenas funda una escuela del conocimiento llamada La Academia; con un pensamiento de perpetuidad, escribe diversos textos a los que llamó *Diálogos*, entre los que se encuentra “La República”. Platón había nacido en una familia de aristócratas, a la cual consideraba como el régimen correcto, respecto a la democracia la definía como uno de los cuatro regímenes deficientes a la par de la timocracia, la oligarquía y la tiranía. “La democracia surge cuando los pobres ven que los gobernantes oligárquicos no valen nada y que sólo gobiernan por debilidad. En este régimen abunda la libertad de palabra y de hacer cada uno lo que le da la gana” (Platón, 1994, p. 32).

Aristóteles, alimentado por la línea de pensamiento de Sócrates y Platón, ubica a la democracia como una forma desviada de la república, como se representa en la tabla 1:

Tabla 1. Clasificación de las formas de gobierno de acuerdo con su número de gobernantes y con su concepción de justicia

Formas concretas	El régimen es justo		Formas viciosas	El régimen es injusto	
	República	Administrado por una multitud		Democracia	Administrado por el pueblo de plebeyos que oprime a los ricos
	Aristocracia	Administrado por pocos, pero virtuosos		Oligarquía	Administrado por varios pero pocos, que oprimen al pueblo
	Reino o monarquía	Administrado por una sola persona		Tiranía	Administrado por una sola persona

Fuente: elaboración propia.

Aristóteles mantenía la idea de la democracia en un sentido desdeñoso, le llama régimen que gobierna toda la multitud, totalmente contrario a la república, lo que les diferenciaba es el ejercicio del poder, el cual, cuando se usa correctamente se traduce en la búsqueda del bien común, ubicado en la república, mas no en la democracia, puesto que en ésta se corrompe el poder para vejar a las minorías, y siendo el sector popular el más numeroso, la opresión se conduce a la clase alta, que son estigmatizadas por su poder adquisitivo.

«República», si le damos a este último término el significado ciceroniano de *res populi*, «gobierno del pueblo». Su diferencia respecto a la demo-

cracia, forma desviada, es que la *politia* el *politeum* está constituida por la clase media, que gobierna en interés de todos, mientras que, en la democracia, está constituido por el *demos*, esto es, la plebe, los «pobres», que gobiernan en beneficio propio (Bobbio, 2006, p. 18).

Estos tres filósofos, Sócrates, Platón y Aristóteles, no consideraban a la democracia como la mejor de las formas para gobernar, ya que ésta no era lo que conocemos ahora como gobierno del pueblo, en donde se procura, al menos discursivamente, una promoción de la participación ciudadana en la toma de decisiones, nace en el marco de los regímenes injustos, a la par de la oligarquía y la tiranía. Sócrates la concebía como una enfermedad del Estado, representada por una falta de equidad económico-social, Platón consideraba que se caracterizaba por la individualidad y que siempre tiende a degenerar en violencia, y Aristóteles, en las cinco especies de democracia, la asimilaba como una forma de gobierno populista, en la que gobiernan los que menos tienen, con el único objetivo de servirse a sí mismos.

Aunado a la posición de los filósofos estudiados cabe la pregunta ¿Qué tan de acuerdo está la población mexicana con la democracia en su país? Prud´Homme (2015) al exponer los resultados del Latinobarómetro advierte que, frente a muchos otros países latinoamericanos, México presentó una elevada insatisfacción con la democracia (tabla 2).

Tabla 2. Porcentaje de satisfacción con la democracia

Satisfacción con la democracia	Satisfecho	Insatisfecho
Uruguay	72	26
Argentina	58	41
Panamá	54	42
Ecuador	49	49
Venezuela	45	53
Costa Rica	44	51
América Latina	39	57
Paraguay	39	59
Nicaragua	38	55
Brasil	37	58
El Salvador	35	63
República Dominicana	33	64
Chile	32	64
Perú	31	64
Honduras	29	68
Bolivia	28	68
Colombia	27	69
Guatemala	23	66
México	23	73

Fuente: Latinobarómetro, 2011.

EDAD MEDIA:

SAN AGUSTÍN DE HIPONA, SANTO TOMÁS DE AQUINO

San Agustín de Hipona ha sido estudiado por cristianos y no cristianos; su legado trasciende más allá de lo religioso, obras como *Confesiones* (398) y *La Ciudad de Dios* (426) muestran parte de la historia de la época, teniendo una interpretación política al asimilar a la comunidad cristiana como la población de un Estado, y a éste con las ciudades que expresa en sus textos.

La problemática social que influencia el pensamiento de San Agustín refiere al saqueo de Roma por las tropas de Alarico en el año 410; el cristianismo estaba siendo desacreditado, era acusado paganamente como responsable de la decadencia del poder romano, puesto que se ponían en tela de juicio la protección divina hacia los lugares que eran considerados como sagrados; lo cual, generó incentivación en el autor para que durante 15 años escribiera *Ciudad de Dios*, como un texto narrativo que diera a saber lo acontecido desde una perspectiva de la comunidad cristiana y respondiera los cuestionamientos con una filosofía de la historia que generara identidad entre su comunidad. “«Si Roma no ha sido salvada por sus deidades guardianas es porque ya no están en ella, pues mientras estuvieron presentes preservaron la ciudad». En otras palabras, la adopción del cristianismo había conducido a aquella devastación” (Heather, 2005, p. 429).

De acuerdo al contexto de San Agustín no se vivía en una democracia, por lo tanto no pudiese guardar ningún tipo de hipótesis al respecto, en su obra no menciona nada al respecto, pudiesen interpretarse sus aportes en torno al Estado, pero no hacia un sistema político democrático. Al hablar de democracia, San Agustín de Hipona no expresa pronunciamiento alguno sobre un sistema democrático, sin embargo, reprueba el actuar de los gobiernos tiránicos por absorber en su totalidad la repartición de los campos, del gobierno y la autoridad; dejando fuera de participación a la ciudadanía, lo cual, deja a la vista la idea de participar a la población en el actuar gubernamental, dividiendo los bienes y contemplándoles en la toma de decisiones.

Similar a Sócrates, el hiponiano expone dos tipos de ciudades que se encuentran híbridas en la vida humana, una terrenal y una de Dios, en la primera se encontrarán las ambiciones humanas y materiales guiadas por el egoísmo, y la otra que permite la paz celestial libre de individualismos y que contempla la visualización del “otro”, para lo cual requiere de involucramiento de toda la “comunidad cristiana”.

En la misma Edad Media, se encuentra otro santo, quien fue analizado por el efecto de sus palabras, siendo Tomás de Aquino, considerado un estudioso perteneciente a una familia de la nobleza que debatía a la democracia como una forma de gobierno corrupta.

El contexto en el que vivió Santo Tomás de Aquino le ubica en Italia y Francia del siglo XII, siglo caracterizado por gobiernos monárquicos, tanto en el campo político como en el religioso, campos que fueron de su agrado y en los cuales se mantuvo involucrado de forma voluntaria e involuntaria, al crecer en una familia de buen estatus social y con fuero político. Aristóteles es una de las figuras más influyentes en el pensamiento de Santo Tomás, de tal modo que su concepción acerca de las formas de gobierno se basaba en la del filósofo griego (ver tabla 1).

Aquino pertenecía a una familia de la nobleza, vivió 51 años (1224 a 1275), nacido en un castillo en la Italia Meridional, nieto de un comandante militar del Sacro Imperio Romano y sobrino de Federico II de Sicilia que fue emperador del Sacro Imperio Romano. Fue estudiante de la Universidad de Nápoles, lo cual, le otorgaba una posición privilegiada al resto de la comunidad, dichas características influían de tal manera en su pensamiento que por ello ubicaba el gobierno del pueblo como un problema, es decir, una forma viciosa y mala de gobernar, en un sentido peyorativo, considerándole una forma de gobierno viciosa, gobernada por la multitud, en la cual, la clase baja oprime a la clase alta que es un grupo minoritario.

Indica que es una forma de gobierno que corrompe, injusto, que vela por los intereses particulares más que por el bien común, entonces son las masas buscando fines individuales. Tiene en sus características la igualdad, pero vista ésta de forma no correcta, ya que no todas las personas habrán de estar preparadas para gobernar. En contrapeso a cualquier forma de gobierno propone un régimen mixto, en el cual, las mayorías participen en la elección de sus gobernantes, que deberán ser grupos aristocráticos que sepan gobernar y a su vez se encuentren presididos por una sola persona.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA, ANÁLISIS DEL CASO MEXICANO

DESDE LOS CONTEMPORÁNEOS

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos indica que es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal (CPEUM, 2018, artículo 40), se puede identificar entonces, que la forma de gobierno constitucional en el país es la democracia, en donde corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático (CPEUM, 2018, artículo 25); otorgando derechos a la ciudadanía vinculados a la toma de decisiones públicas, que van desde el voto, hasta su participación en las consultas populares (CPEUM, 2018, artículo 35).

Tales afirmaciones constitucionales indican que en México se vive en un Estado democrático; y para entender qué es la democracia, se contemplan diferentes concepciones, quienes le contemplan como un sistema político viciado, por ejemplo, Garzón expresa que no es correcto que se parta de generalidades para el desarrollo de un país, es decir, que las mayorías sean quienes tomen las decisiones, “el consenso meramente fáctico es el resultado de una racionalidad estratégica que puede conducir a los más aberrantes resultados, y el hipotético, en el mejor de los casos, una dramatización innecesaria en la que participen seres individualmente indiscernibles” (Garzón, 2000, p.15).

Al abordar el tema democracia, Bovero resalta lo indispensable que es definirle adecuadamente y determinar los límites y las diferentes acepciones que puede tener ésta, ya que identifica errores comunes actuales por la falta de una delimitación del término. Identifica que la formulación gramatical de la democracia tiene dos dimensiones: una descriptiva y una normativa, la primera encamina las características que han de determinar las reglas del lenguaje y la segunda a redefinirle en una

norma. “La democracia como forma de gobierno, no es otra cosa que un método (o lo que es lo mismo), un conjunto complejo de reglas para alcanzar decisiones colectivas: las decisiones políticas –las que se dirigen a todo el colectivo, y pretenden tener validez *erga omnes*– son decisiones democráticas en la medida en la que son adoptadas con base en las reglas del método democrático” (Bovero, 2002, p. 33).

Tal postura parte de la idea de que toda la ciudadanía participa en la toma de decisiones, sin embargo, por ejemplo, Tocqueville contempla que la democracia permite germinar la tiranía encabezada por unos pocos, aunado a ello Touraine plantea que la democracia como gobierno perdió su rumbo y persigue intereses distintos al ciudadano, como el económico de quien domina el mercado comercial en el mundo, tolerando por encima de la democracia a gobiernos autoritarios, sólo por mantener su liderazgo, tal es el caso de Estados Unidos.

Se observa en estos autores que su postura hacia la democracia parte una desconfianza sobre quién toma las decisiones, si las toma el común del pueblo obedecerán a la exclusión de las necesidades de grupos pequeños, “la democracia es un sistema pluripartidario en el cual la mayoría expresada en las elecciones gobierna en el resto de los derechos las minorías. El respeto de los derechos de las minorías, y por eso la interpretación “limitada” del principio mayoritario es un punto crucial que requiere ser tratado solo” (Sartori, 2002, p. 131), pero si las decisiones las toman quienes nos representan se corre el riesgo de caer en el monopolio de resoluciones finales a un pequeño grupo que puede ser autoritario o bien que obedezca a intereses no pensados en la ciudadanía.

PARTICIPACIÓN CIUDADANA: ELECCIÓN PRESIDENCIAL 2018 EN MÉXICO

Confundiendo en la participación de la ciudadanía, Bovero (2002) expone que la democracia debe contar con “igualdad y libertad”, ya que son categorías que le identifican, la igualdad debe darse entre todas las personas como un derecho y como un poder para la toma de las decisiones políticas, la libertad debe ser una característica en las personas para elegir racionalmente, bajo su propia voluntad y sin condicionamientos en materia política.

Adela Cortina, citando a Derek Heather (1997, p. 35), dice que la ciudadanía “es primariamente una relación política entre un individuo y una comunidad política, en virtud de la cual el individuo es miembro de pleno derecho de esa comunidad y le debe lealtad permanente”. Constitucionalmente en México el Capítulo IV De los Ciudadanos Mexicanos, enuncia que se consideran como ciudadanos de la república los varones y las mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos hayan cumplido 18 años y tengan un modo honesto de vivir (CPEUM, 2018, artículo 34).

Al hablar de participación ciudadana debemos referir a la integración de ésta en la toma de decisiones del gobierno, tanto a nivel federal, estatal como municipal, ello con miras a que se logren políticas públicas que faciliten el acceso a las disposiciones legales e institucionales, logrando así el mejoramiento de los servicios públicos y el empoderamiento de cada uno de los grupos sociales. Este conjunto de medidas de carácter formal, deberá contar con el interés de la población y el gobier-

no, tanto para la escucha como para la formulación de alternativas de solución a las problemáticas y/o necesidades.

Ernesto Garzón (2000) menciona que la ciudadanía tiene derecho a participar en el proceso de elección de sus representantes, en el nivel causal, contempla que la eficacia podría analizarse desde el punto de vista de la representación, es decir, tanto la ciudadanía como quienes les representan deberían estar de acuerdo con las personas elegidas por la mayoría, traducándose en una satisfacción de la mayoría asegurando un *quantum* de felicidad social. Según este análisis de la regla de la mayoría se presume que es más difícil que las mayorías se equivoquen. En contraposición se encuentra el nivel de valoración, que establece que las decisiones de la mayoría no siempre son garantía de satisfacción social, ni siquiera para quienes intervinieron favorablemente para con sus representantes, ya que la gestión y actuar gubernamental se valorará durante el periodo de su administración, lo que involucra una valoración sujeta a tiempo, que puede ser voluble de acuerdo con las percepciones o afectaciones que tiene la sociedad.

Según Nohlen (2011), para desarrollar una democracia de forma óptima es necesario que se tenga una relación simultánea entre este sistema político y un desarrollo económico y social que así lo permita, ya que si se tiene una sociedad con cultura política pobre es difícil que haya una democracia fuerte, según el autor actualmente es un esquema que prevalece y permite poca maniobra a cualquier forma de gobierno; considera como indispensable que se establezca un estudio de la ciencia política que esté comprometido con la democracia, hace énfasis en dos tipos de democracia, la delegativa y la representativa, en la primera (que es la que observa en los países de América Latina) se observa como una forma de gobierno con vicios, puesto que es implantada y no considera a la ciudadanía como lo hace la democracia en su forma pura, en mejor peldaño propone la democracia representativa, sin embargo, ésta debe de contar con una cultura política que le permita un desarrollo óptimo y esté legitimado por la satisfacción de tal sistema político por parte de la ciudadanía.

Desde el marco internacional se reconoce la participación ciudadana, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en la Asamblea General de diciembre 10; 1948, proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual expresa en su artículo 21: “Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 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”.

Sin embargo, actualmente, en México ya no es indispensable la postulación mediante un partido político, se tiene la figura de las:

Candidaturas independientes. A nivel federal, con la modificación al Artículo 35 constitucional del 9 de agosto de 2012, la cual estipula el derecho de los ciudadanos a participar en las elecciones aun cuando no los postule algún partido político, se reconocen las candidaturas independientes. Para que se autorice una candidatura independiente se requiere del respaldo de entre 1 y 2% de la lista nominal de electores vigente en ese momento, dependiendo del cargo a elegir. Candidatos independien-

tes compitieron por primera vez en 2015, obteniendo el triunfo en una gubernatura, una diputación federal, una diputación local y dos alcaldías (INE, 2016, p. 281).

Tiene una apertura para participación de la ciudadanía en los procesos de elección de las y los representantes públicos, elecciones que son vigiladas, promovidas y supervisadas por el Instituto Nacional Electoral, que es:

El organismo público autónomo encargado de organizar las elecciones federales, es decir, la elección del Presidente de la República, Diputados y Senadores que integran el Congreso de la Unión, así como organizar, en coordinación con los organismos electorales de las entidades federativas, las elecciones locales en los estados de la República y la Ciudad de México (INE, 2016).

De acuerdo con lo expresado por Sartori, las y los representantes públicos elegidos mediante la elección popular tienen legitimidad inmediata, puesto que es la misma ciudadanía la que está mediante su voto determinando que sean ellas y ellos quienes tengan en sus manos las decisiones públicas, en contraste a esta posición de legitimidad se desprende la pregunta ¿cómo elige la ciudadanía a sus representantes?

Es de ahí de donde se analizan diferentes posturas de la población que influyen en el voto, en México es importante no perder de vista qué parte importante de la población se mantiene en una condición vulnerable para la manipulación del voto y desconocimiento de sus derechos humanos, debido a rezago educativo, situación económica, marginación o bien, desplazamiento territorial. Este tipo de factores no permiten que se tenga la cultura política a la que hacía referencia el alemán Nohlen (2011), quien en su análisis los países latinoamericanos, incluyendo a México, observa que se aplicaron políticas neoliberales de forma generalizada, lo cual, ha afectado a grandes sectores de la población en la participación de la ciudadanía en las elecciones. Cuando se instauró la estrategia de desarrollo mediante la industrialización por sustitución de importaciones (ISI) generó un clientelismo, privilegios, favores, prebendas de corte populista que respondían a intereses sociales particulares que fueron impulsados por los partidos políticos.

En esta sociedad mexicana heterogénea se forman pequeños grupos vulnerables con necesidades diversas que les vuelven vulnerables, que pueden no ser contemplados, manipulados u optan por ser indiferentes; en su Cuaderno de Divulgación de la Cultura Democrática número 5, del entonces IFE (ahora INE) en el capítulo VI, expresa que:

El abstencionismo es hasta cierto punto natural. En realidad, la mayoría de los ciudadanos en las democracias tiene pocas motivaciones para asistir a las urnas, incluso cuando el costo de hacerlo es menor. Por un lado, a la gran mayoría de los ciudadanos no les interesa la política como prioridad; otras actividades e intereses ocupan su atención antes que la política. La actividad política se verá, en ciertas condiciones, como un medio necesario y a veces inevitable para promover o defender los intereses ciudadanos en otros ámbitos, como la seguridad pública, el empleo, la educación, el ocio, la sanidad, el crecimiento económico, etcétera.

En México se han dado primicias de participación de la ciudadanía en la toma de decisiones, tal es el caso que se ha dado apertura para escuchar propuestas en la creación de bandos de policía y buen gobierno con perspectiva de género gracias a programas del gobierno federal, reuniones públicas para la elaboración de planes de desarrollo municipal, asignación de presupuesto, documentos de fomento a la cultura política como la Colección de Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática del INE, así como la realización de talleres, capacitaciones y conferencias magistrales enfocadas al involucramiento de la ciudadanía en el actuar gubernamental de instituciones como la Contraloría del Poder Legislativo del Estado de México.

Al respecto, según datos del Latinobarómetro 2015, en México, el 31.2% de la población considera que la libertad para participar en la política está poco garantizada, siendo éste el grupo que mayor porcentaje tiene, asimismo, el 77% indica que consideran que el país está gobernado por unos cuantos grupos poderosos en su propio beneficio, pero discutible que la mayor parte de las personas encuestadas, es decir, el 45% indique que para que avance el país sólo se necesita votar siempre, lo cual permite ver que no se contempla una participación hacia la toma de decisiones (tabla 3, 4 y 5).

Tabla 3. ¿Hasta qué punto las siguientes libertades, derechos, oportunidades y seguridades están garantizadas en (país)? Libertad para participar en política

	<i>Nº de casos</i>	<i>% Total</i>
Completamente garantizadas	265	22,1%
Algo garantizadas	369	30,8%
Poco garantizadas	374	31,2%
Para nada garantizadas	162	13,5%
No sabe, no responde	30	2,5%
(N)	(1.200)	100%

Fuente: Latinobarómetro, Opinión Pública Latinoamericana.

Tabla 4. En términos generales ¿diría usted que (país) está gobernado por unos cuantos grupos poderosos en su propio beneficio, o que está gobernado para el bien de todo el pueblo?

	<i>Nº de casos</i>	<i>%/Total</i>
Grupos poderosos en su propio beneficio	924	77,0%
Para el bien de todo el pueblo	255	21,2%
No sabe, no responde	21	1,8%
(N)	(1.200)	100%

Fuente: Latinobarómetro, Opinión Pública Latinoamericana.

Tabla 5. *¿Que está más cerca de su manera de pensar. Cómo cree Ud. que es mejor actuar para que Ud. y el país avancen más?*

	Nº de casos	%/Total
Hay que votar siempre	546	45,5%
Hay que votar pero también protestar	460	38,3%
Hay que sólo protestar, no sirve votar	33	2,8%
No hay que hacer nada, ni votar ni protestar	56	4,7%
No sé qué hay que hacer	74	6,2%
No responde	31	2,6%
(N)	(1.200)	100%

Fuente: Latinobarómetro, Opinión Pública Latinoamericana.

La Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas (ENCUP) propia de la Secretaría de Gobernación del Gobierno de la República, indica que la población está de acuerdo con su apartado sobre la Democracia, en que el gobierno debería someter a votación de la ciudadanía las decisiones importantes (55.98%), ya que consideran en un 49.35% que a los funcionarios públicos no les preocupa lo que piensan (tabla 6 y 7).

Tabla 6. P28E. *Dígame si está usted de acuerdo o en desacuerdo con las siguientes frases. El gobierno debería someter a votación de la ciudadanía las decisiones importantes*

Opción de respuesta	Muestral	Expandida	%
Muy de acuerdo	927	18,974,691	24.71
De acuerdo	2,099	42,975,448	55.98
En desacuerdo	540	11,062,315	14.41
Muy en desacuerdo	110	2,256,027	2.94
No sabe	69	1,422,903	1.85
No contesta	4	84,431	0.11
Total	3,750	76,775,814	100.00

Fuente: Quinta Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas ENCUP 2012.

Tabla 7. P28C. *Dígame si está usted de acuerdo o en desacuerdo con las siguientes frases a los funcionarios públicos no les preocupa lo que piensa la gente como yo*

Opción de respuesta	Muestral	Expandida	%
Muy de acuerdo	921	18,847,583	24.55
De acuerdo	1,851	18,847,583	49.35
En desacuerdo	755	15,459,214	20.14
Muy en desacuerdo	138	2,819,584	3.67
No sabe	81	1,657,898	2.16
No contesta	5	104,231	0.14
Total	3,750	76,775,814	100.00

Fuente: Quinta Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas ENCUP 2012.

En relación con lo expresado por Nohlen (2011), en México se tiene una participación ciudadana en las elecciones que le corresponden de acuerdo al lugar donde habita, para elegir a sus autoridades municipales, de la entidad, congreso y presidencia de la república; prueba de ello es la razón que da origen al INE y su normatividad respectiva, que gozan de legalidad y legitimidad en el marco nacional para celebrar las distintas elecciones del país; aunado a ello, las personas en los cargos de elección popular están en la representación para la cual se les eligió.

En la historia del pueblo mexicano son diversos los escenarios políticos que le han conformado, durante 70 años, los comicios habían sido ganados por el Partido Revolucionario Institucional (PRI), sin embargo, en el 2000, la votación popular favoreció al Partido Acción Nacional (PAN), dicha alternancia se vio ensombrecida, al ser considerada incompleta por autores como Mario Ojeda (2005) por la falta de compatibilidad con la gobernabilidad, incapacidad de acción ante problemáticas socio-políticas y falta de acuerdos con los distintos actores sociales.

En esa elección presidencial del 2000, el entonces, Instituto Federal Electoral (IFE) registró un 63.97% de participación ciudadana emitiendo su voto, es decir, votaron 37 601 618 personas de las 58 782 737 registradas en la lista nominal nacional; el expresidente Vicente Fox Quesada, en el Plan Nacional de Desarrollo (2011) de su administración, enunció que este documento reflejaba el propósito indeclinable de dar forma a una democracia moderna, en la que las decisiones se toman con la participación colectiva, ya que había sido elaborado con en el periodo de transición y culminando con la publicación de dicho documento. La participación ciudadana no sólo fue enunciada en el PND, sino también en el Programa Nacional de Combate a la Corrupción, Fomento a la Transparencia y Desarrollo Administrativo, donde uno de sus vértices era hacer obligatoria la rendición de cuentas y propiciar la participación activa de la población; sin embargo, de la participación activa de la ciudadanía durante el sexenio, no se tiene registro en el Banco de Indicadores del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI).

En las elecciones de 2018, México vuelve a tener una alternancia política, pero en esta ocasión con un candidato que representa la izquierda, el cual, representaba la coalición “Juntos Haremos Historia”, coalición de los partidos PT, Morena y Encuentro Social. El actual presidente electo, Andrés Manuel López Obrador, según datos del INE, obtuvo 30 113 483 votos de las 56 611 027 personas que votaron, es decir, el 53.19%. Cabe resaltar que en 30 años no se había visto una diferencia de ventaja tan amplia entre el primer y el segundo lugar; ya que son 30.92% de diferencia lo que los separa; pero en cuanto a participación ciudadana, sólo tuvo el 63.42%.

CONCLUSIONES

De acuerdo con nuestros filósofos de la antigüedad, al determinar que en México vivimos en un régimen democrático, no estaríamos vinculados con un buen gobierno, puesto que la democracia no ha sido considerada como un buen ejemplo en el actuar gubernamental, ni en la organización de la participación social, tal participación enfocada únicamente a lo propuesto por Santo Tomas queda

cubierta, puesto que él consideraba que la participación de la población debería estar presente en las elecciones, por ello sus aportes sí se encuentran palpables en el contexto mexicano, ya que se tiene el derecho a votar, pero también a ser votado, posición con la que no estaba de acuerdo, ya que consideraba que no todos tenían el talento de gobernar, para ello proponía el gobierno de pequeños grupos aristocráticos.

A diferencia del Aquiniano, Hipona proponía una participación de la sociedad en el reparto de los bienes y el gobierno, postura que el INE, desde que era Instituto Federal Electoral, pretendía fomentar, con acciones que incluyen capacitaciones, investigaciones y conferencias al respecto, partiendo de la idea de que participación electoral debe ser una preocupación fundamental de los regímenes democráticos.

En relación con lo expresado con San Agustín, el país ha tenido acercamientos hacia el involucramiento de la ciudadanía en la toma de decisiones, considerándoseles como un ente común, Según Luhmann, los elementos básicos de la sociedad no son los individuos, como considera la sociología tradicional, sino las conexiones entre ellos. Los individuos son considerados como sistemas psíquicos y sus cuerpos como sistemas orgánicos que se encuentran en el entorno de la sociedad, otro gran sistema. La participación ciudadana en México puede observarse en iniciativas para la elaboración del presupuesto participativo, estrategias gubernamentales y planes de desarrollo, en el caso mexiquense puede observarse en prácticas establecidas por el actual gobernador y casos municipales como Toluca, Naucalpan y Chalco.

El contexto normativo mexicano permite definir cómo es que se llevan las elecciones en México, es decir, partidos políticos o candidatos o candidatas independientes se postulan a cargos públicos sujetos a una elección popular, de una parte de la población llamada ciudadanía, que para este caso son las personas mayores de 18 años con un modo honesto de vivir.

Garzón analiza la sociedad que podemos ver materializada en México a través de los grupos minoritarios que le componen, al respecto indica que hay gobiernos democráticos improvisados de las necesidades de estos grupos, que toman acciones partiendo de la regla de ser un sistema sustentado por las masas, por lo tanto sus decisiones favorecerán a la opinión de las mayorías, tal es el caso de los matrimonios igualitarios. Si todo el actuar gubernamental se piensa en sociedades homogéneas habrá siempre grupos vulnerables que quedaran rezagados, sin poder de participaciones efectivas y desprovistas de apoyo por parte de sus gobernantes. Al respecto se pudiera vincular por lo expuesto por Touraine, quien pretende que el Estado sea el órgano que proteja a las minorías.

En similitud con el pensamiento de Alexis Tocqueville y en un análisis sobre la democracia, mantenía desconfianza respecto al juicio de las mayorías, considera que no siempre se tienen las decisiones óptimas para la sociedad desde una postura que las generalidades no padecen o se mantienen resistentes a observar, a este dominio de la mayoría le llama “enfermedad republicana”, retoma a Nicolas de Condorcet, quien indica que “en el ejercicio concreto del sufragio el votante está expuesto a los juegos del interés, las pasiones, la corrupción y el error [...] Aun si la intervención de estas causas es mínima, ella es desde ya suficiente para volver ilusoria la hipótesis fundamental del modelo” (Garzón, 2000, p. 19).

En contrapeso a la toma de decisiones pensando en generalidades, propone un consenso donde no se tomen acciones sin considerar todas las opiniones y necesidades de la sociedad, pero para ello no mantener un consenso general, sino a

través de personas que les constituyan con sus aportes en representación de los diferentes grupos, estas personas deberán estar prestas a la discusión y aportando con argumentos genuinos.

REFERENCIAS

1. Bobbio, N. (2006). *Teoría de las formas de gobierno*. México: Fondo de Cultura Económica.
2. Bovero, M. (2002). Democracia y derechos fundamentales. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (16), pp. 21-38. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/democracia-y-derechos-fundamentales-0/>.
3. Cortina, A. (1997). *Ciudadanos del mundo: Hacia una teoría de la ciudadanía*. España: Alianza.
4. Dahl, R. (1999). *La Democracia: Una guía para los ciudadanos*. España: Santillana.
5. Garzón, E. (2000). El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (12), pp. 21-34. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-consenso-democrático-fundamento-y-limites-del-papel-de-las-minorías-0/>.
6. Gobierno del Estado de México (Sala) (2018). Dirección de Legalización y del Periódico Oficial “Gaceta del Gobierno”. Recuperado de <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/ley/vig/CPEUM.pdf>.
7. Heather, P. (2005). *La Caída del Imperio Romano*. España: Crítica.
8. Instituto Nacional Electoral (Sala) (2016). Cuaderno de Divulgación de la Cultura Democrática No. 5. Noviembre 25. Recuperado de http://www.ine.mx/documentos/DECEYEC/elecciones_y_democracia.htm#VI
9. Instituto Federal Electoral (IFE) (Sala) (Internet). Sistema de Consulta de la Estadística de las Elecciones Federales. Recuperado de <http://siceef.ife.org.mx/pef2012/SICEEF2012.html#>.
10. Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (Sala). Banco de Indicadores. Recuperado de <http://www.beta.inegi.org.mx/app/indicadores/?t=0110007000000000&ag=00>.
11. Instituto Nacional Electoral (INE) (Sala) (2018). Cómputos Distritales 2018. Recuperado de <https://computos2018.ine.mx/#/presidencia/nacional/1/1/1/1>.

12. Latinobarometro (Sala) (Internet). Informe Latinobarometro 2015. Recuperado de <http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>
13. Nohlen, D. (2011). *La democracia: Instituciones, concepto y contexto*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
14. Nola, E. (2007). *Alexis Tocqueville. Libertad, igualdad, despotismo*. España: FAES.
15. Ojeda, M. (2005). *México antes y después de la alternancia política: un testimonio*. México: El Colegio de México.
16. Platón. (1994). *Diálogos Vol. 4 República*. España: Gredos.
17. Prud'Homme, J. (2015). *La insatisfacción con la democracia en el México actual*. México: El Colegio de México, A.C. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=59944852009>
18. Sartori, G. (2002). Democracia. En *Enciclopedia de las Ciencias Sociales* (pp. 1-151). Italia: Enciclopedia Italiana.
19. Secretaría de Gobernación (SEGOB) (Sala) (Internet). Quinta Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas ENCUP 2012. Recuperado de <http://www.encup.gob.mx/>.
20. Solano, J. (2013). *Más allá de la ciudad. Pensamiento político de Sócrates*. España: Institución Fernando el Católico.
21. Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM) (Sala). Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006. Recuperado de <http://planeacion.uaemex.mx/InfBasCon/PlanNacionaldeDesarrollo2000-2006.pdf>.

La calidad de la democracia en México. Una asignatura en retroceso

The quality of democracy in Mexico. A retreating topic

OM CHRISTIAN A. PECHIR*

Resumen

La democracia, más que un régimen o sistema político, es un compromiso de gobernantes y gobernados; sin la interacción de ambos, la democracia sólo sería motivo de estudio de académicos (como en su mayoría lo ha sido).

Actualmente es necesario saber qué es lo que implica la democracia y saber que la democracia representativa no funcionaría sin la democracia participativa y viceversa. Los ciudadanos tenemos el firme compromiso de generar una cultura democrática que implique el desarrollo de las instituciones representativas y buscar la creación de espacios públicos, así como mecanismos alternos a las instituciones que busquen otras formas debidas de expresión consecuencia de las demandas, y que solamente la mera representación, no puede atender.

Ante los escenarios electorales que se están viviendo, es necesario crear una convivencia (participación) donde gobierno y ciudadanos se integren en la toma de decisiones, así como en la aplicación e implementación de políticas públicas para ir formando un entorno político, social y económico que estimule los intereses individuales y colectivos, y así llegar al tan anhelado bien común; esto, reduciendo los conflictos, cumpliendo conforme a Derecho las libertades políticas acompañadas del bienestar individual y mejorando constantemente la calidad de vida, haciendo más eficientes y eficaces las políticas públicas. Un ingrediente importante en esta relación, es la gobernabilidad y el papel que juega en las democracias de sociedades que se tornan cada vez más complejas.

El futuro de la democracia en México es una moneda al aire; presenta retos y desafíos que tendrán que ser abordados, obligatoriamente, en las agendas gubernamentales, ya que, de lo contrario, las instituciones que la ejecutan seguirán presentando señales de agotamiento.

Palabras clave

Democracia, Valores democráticos, Democracia representativa, Democracia participativa, Políticas públicas.

Abstract

Democracy, more than a regime or political system, is a commitment of governors and governed; without the interaction of both, democracy would only be the subject of study by academics (as it mostly has been).

Nowadays it is necessary to know what democracy implies and to know that representative democracy would not work without participatory democracy and vice versa. Citizens have the firm commitment to generate a democratic culture that implies the development of representative institutions and seek the creation



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

of public spaces, as well as alternative mechanisms to institutions that seek other forms of expression due to demands, and that only the mere representation, can not attend.

Before the electoral scenarios that are being lived, it is necessary to create a coexistence (participation) where government and citizens are integrated into the decision making, as well as in the application and implementation of public policies to form a political, social and economic environment that stimulate individual and collective interests, and thus reach the much desired common good; this, reducing conflicts, fulfilling in accordance with law political freedoms accompanied by individual welfare and constantly improving the quality of life, making public policies more efficient and effective. An important ingredient to consider in this relationship is governability and the role it plays in the democracies of societies that are becoming increasingly complex.

The future of democracy in Mexico is a coin on the air; it presents challenges and challenges that will have to be addressed, obligatorily, in government agendas, since, otherwise, the institutions that execute it will continue to show signs of exhaustion.

Key words

Democracy, democratic values, Representative democracy, Participative democracy, Public policies.

CONCEPCIÓN DE LA DEMOCRACIA

Desde su origen en la antigua Grecia, la democracia fue considerada como una forma de gobierno donde las decisiones eran tomadas por la mayoría, es decir, el poder era ejercido por el pueblo.

Para Aristóteles y Platón la democracia fue una forma de gobierno negativa, y la razón de esto, fue que la consideraban como un poder ejercido sólo para ventaja de los pobres, y aunque eran la mayoría, no eran la totalidad. No obstante, se practicó, ya que la idea era ir sobre el principio de distribuir —como forma opuesta a las monarquías— el poder y no sólo concentrarlo en una sola persona. La igualdad de poder significaba en aquellos tiempos dignidad política. Sin embargo, en las ciudades Estado de la Grecia clásica, la república romana y algunas comunas italianas, en donde se practicaron los principios de democracia ideal,¹ la participación popular en los asuntos públicos no era contundente del todo, puesto que el número de ciudadanos

¹ La democracia ideal (como se observará en líneas posteriores, pero citando a Robert Dahl debería satisfacer varios elementos y criterios, a saber: 1. Igualdad en votación, al tomar las decisiones colectivas obligatorias. La preferencia expresada de cada ciudadano debe tomarse igualmente en cuenta para determinar la solución final; 2. Participación efectiva de los ciudadanos para expresar sus preferencias;

³ Comprensión ilustrada de cada ciudadano para emitir un juicio más adecuado; 4. Control final sobre la agenda y 5. Incluir a todos los adultos sujetos a leyes (Dahl, 1991, p. 17).

estaba reducido por la exclusión de las mujeres, esclavos y en general de las personas que no tuvieran propiedades.

Actualmente, analizar en sí lo qué es la democracia y todo lo que ésta conlleva, sería ahondar en un tema que, no en vano, ha sido materia de estudio de reconocidos autores que han navegado en esta sencilla, pero a la vez compleja palabra denominada *democracia*; que proviene de la palabra griega *demokratia*, *demos* “pueblo” y *kratos* “autoridad”, y partimos del supuesto de que significa el gobierno de las mayorías en una unidad política.

La mayoría de los pensadores políticos, desde la antigua Grecia, como Aristóteles y Platón, hasta los más recientes como Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Giovanni Sartori, entre otros, han sido muy críticos con la teoría y la práctica de la democracia; mientras el discurso sobre la democracia de los antiguos es simple, el discurso de los modernos es complejo, pues es una forma de gobierno difícil de crear y sostener; como lo establece Sartori:

Definir la democracia es importante porque establece qué cosa esperamos de la democracia. Si vamos a definir la democracia de manera irreal, no encontraremos nunca realidades democráticas. Y cuando de vez en cuando declaramos –esto es democracia– o –esto no lo es–, queda en claro que el juicio depende de la definición o de nuestra idea sobre qué es la democracia, qué puede ser o qué debe ser (2000, p. 3).

De igual manera, Sartori señala que:

El término democracia aparece por primera vez en Herodoto y significa, traduciendo literalmente del griego, poder (*kratos*) del pueblo (*demos*). Pero desde el siglo III a. de JC hasta el siglo XIX la “democracia” ha sufrido un largo eclipse. La experiencia de las democracias antiguas fue relativamente breve y tuvo un recorrido degenerativo.²

Partiendo de la concepción de Sartori, para el caso de México, es curioso observar sobre cómo se practica el ideal de la democracia, tomando en cuenta que no es aplicado actualmente como en sus orígenes; basta decir que hoy la democracia se vale de instituciones y partidos políticos, situación que en la democracia antigua no existía. Hoy en día, la democracia sólo puede existir si los individuos se agrupan de conformidad con sus afinidades políticas, con el objeto de orientar la voluntad general hacia sus fines e intereses políticos, de manera que entre el individuo y el Estado se inserten las formaciones colectivas que, como partidos políticos³ reasuman la igual voluntad de los individuos (Sartori, 2000).

² Cita tomada del documento titulado “Democracia” de Giovanni Sartori disponible en <https://vdocuments.mx/giovanni-sartori-democracia.html>.

³ Los partidos políticos como representación de la democracia en México (o como una forma de acceso a ella), Robert Michels afirma que un partido político es un tipo de “organización que da origen a la dominación de los elegidos sobre los electores, de los mandatarios sobre los mandantes, de los delegados sobre los delegadores (Michels, 2003, vol. I, p. 13). En este sentido, es importante inferir que Michels asocia a los partidos políticos como una forma de vida organizacional con funcionamiento oligárquico, así como de la tendencia autocrática que tienen los líderes en este tipo de organizaciones democráticas. En este estudio de vida organizacional llevada a los partidos políticos, Michels estudia a fondo la vida de los partidos socialistas de la época, donde existe un mal funcionamiento de la democracia existente, y la oligarquía, como eje rector de todo sistema social complejo, es el dominio de una sociedad o de una organización por quienes están en las cúpulas como parte de una burocracia en una organización estructurados jerárquicamente, y con la excesiva concentración de poder en las cumbres de dichas organizaciones.

Luego entonces, en un país como México, y a diferencia de cómo se aplicaba la democracia en sus orígenes, hoy, la mejor manera de lograr que la democracia fructifique, es la de acercar cada vez más a la representatividad de las corrientes políticas que operan en una sociedad, para que se reduzcan al mínimo las fricciones; esto es, que las diferentes partes acepten dirimir controversias a través de acuerdos, siendo de esta manera que la democracia no sólo se alimenta del consenso, sino también del disenso en un escenario de políticas públicas.

En este sentido y continuando con la premisa, es pues, “el método democrático un sistema institucional para llegar a las decisiones políticas, en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una competencia por el voto” (Schumpeter, 1983, p. 343).

Pero el panorama actual se muestra problemático. Actualmente se vive una época de confusión en cuanto a la concepción de la democracia, ya que a veces se entiende a ésta como la forma de gobierno ejercida por el pueblo o como sinónimo de doctrina que tiende al nivelamiento en todos los aspectos de la sociedad; a veces, como la resultante del voto, o bien, como el crecimiento de la evolución social hacia la igualdad que barre todos los privilegios, principalmente en el ámbito de las instituciones políticas. Sin embargo, la teoría democrática tiene sus raíces en la naturaleza del hombre y en su vida en sociedad; la democracia supone una forma de vida de comunidades humanas, donde se atiende fundamentalmente a la participación. Por ello, es necesario reforzar un régimen democrático que acreciente el interés público y en donde exista mayor participación ciudadana.

PRINCIPIOS Y VALORES DEMOCRÁTICOS

Los valores actúan como principios, y son a partir de éstos, los que regulan las conductas y sirven como guía para los individuos y el grupo social. Los valores forman parte del comportamiento selectivo, cuya característica principal, es la de generar acciones intencionadas encaminadas hacia un objetivo; ambos aspectos fundamentales en la acción político-cultural.

Toda sociedad organizada tiene como meta la realización de un valor supremo que dé sentido al cuerpo social; ese valor es lo que se denomina bien común; es la meta que se desea alcanzar y que puede traducirse como el anhelo de bienestar para toda la sociedad.

Para asumir las implicaciones del concepto democracia, es pues necesario delimitar tres valores fundamentales: libertad, igualdad y justicia.

La libertad se manifiesta en aquellas situaciones donde el hombre pueda tener la posibilidad de seleccionar entre distintas alternativas y optar por alguna de ellas para su realización individual. Para tal efecto, la concepción democrática supone entonces, la libertad de “poder hacer” dentro de un marco de responsabilidad, donde esté dado el espacio público que permita y garantice, tanto el libre ejercicio de las facultades de la persona como el de los procesos políticos y sociales.⁴

⁴ En el orden social democrático, la libertad se manifiesta a través de derechos implícita y explícitamente reconocidos: derechos civiles, políticos y sociales. El valor libertad, expresado en derechos, tiene una especial significación en un sistema democrático.

La igualdad —elemento clave de la democracia y establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos— hace referencia al principio jurídico por el cual se reconoce a todos los ciudadanos sin distinción de clase, raza o religión. En un sistema democrático se pretende que la igualdad responda a criterios de proporcionalidad, equidad, mérito y acceso a las mismas oportunidades. Signos de desigualdad, como la pobreza, generan desconfianza y violencia e impiden la libre participación en la vida política.

En este sentido, según el Índice de Desarrollo Democrático de México⁵ se contrajo en 2017 debido a la violencia, la corrupción y la desigualdad, y alcanzó su punto más alto desde 2010, presentando de esta manera un retroceso ante la vigencia de estos flagelos. Este dato significa que la igualdad de oportunidades en las sociedades democráticas no se refiere a la distribución de las distintas posiciones en la sociedad, sino en hacerlas accesibles a todos los ciudadanos por igual, desde un mismo punto de partida, y desde el cual, se pueda alcanzar el objetivo en función de la propia competitividad.

Finalmente, tenemos la justicia, ésta, como valor, es un estado que se desea (meramente como deseo) alcanzar y está vinculada estrictamente al valor supra-individual del bien común. Incluye la justicia legal, social e internacional, como también la esfera individual de la justicia distributiva.

Aunado a todo lo anterior, los valores obran como una brújula que guía ideal democrático y son fuente de inspiración de las leyes fundamentales. Por su parte, los principios obran como supuestos fundamentales de ese ideal y son los que imprimen la dinámica propia del ejercicio democrático. Hay tres principios que no pueden dejar de estar presentes en un supuesto sistema democrático: la legitimidad, el consenso, la representación y la educación.

La legitimidad se manifiesta a través de tres características:

1. La comunidad política, que es la representada y a su vez la que ejerce el reconocimiento de la legitimidad.
2. El régimen que constituye la estructura organizativa del poder político y está formado por las instituciones que responden a los valores democráticos.
3. El régimen, que constituye la estructura organizativa del poder político y está formado por las instituciones que responden a los valores democráticos.

Un sistema democrático es legítimo, cuando la mayor parte de la población ha manifestado por intermedio de los mecanismos pertinentes, conformidad y aceptación con respecto a las personas y a las instituciones que la representan.

El consenso es la actitud de un conjunto de personas que se traduce en la aceptación o en el comportamiento convergente y articulado con respecto a un fenómeno específico. En los regímenes democráticos tiene particular significación, ya que reviste de legitimidad a sus instituciones en cuanto posibilita la aceptación común de las leyes, reglas y normas que aquellas promulgan; de acuerdo y sustento

⁵ El Índice de Desarrollo Democrático es una elaboración conjunta de la Fundación Konrad Adenauer y de Polilat que analiza y mide el comportamiento democrático de los países latinoamericanos. Mide cuatro dimensiones de la democracia latinoamericana: 1) El cumplimiento de las condiciones formales de la democracia; 2) El ejercicio de derechos políticos y libertades civiles de los ciudadanos; 3) La calidad institucional y la eficiencia política; y 4) El ejercicio de poder efectivo para gobernar generando mayor desarrollo económico y social (disponible en <http://idd-mex.org/2017>).

a un sistema de creencias compartido. De igual forma, el consenso permite la previsibilidad de la conducta de una sociedad, y es fuente de eliminación y prevención de conflictos. Su misión fundamental es la de mantener el orden público. Como en la sociedad no puede haber consenso universal, el consenso parcial preponderante, es lo que da legitimidad a las instituciones y lo que facilita el equilibrio propio de los regímenes democráticos.

El principio de representación es ejercido por los gobernantes en las funciones públicas jurídicamente autorizadas. Representan a los ciudadanos que los eligen, cuya voluntad se expresa a través del voto. Este principio va asociado a conceptos que lo fundamentan: soberanía popular, legitimación, control político, participación permanente y transmisión de las demandas políticas. Mientras que el voto, el multipartidismo y el constitucionalismo son los elementos más aptos para hacer realidad aquellos valores y principios que son esencia de la democracia.

Por último, la educación como instrumento fundamental para la democracia, como forma de gobierno y forma de vida, será una mera mención retórica si no va acompañada del único instrumento que la hace posible: la educación cívica y moral de todos y cada uno de los miembros de una sociedad. Educar es la acción de perfeccionar intencionalmente las aptitudes específicas humanas, tendiente a lograr el desarrollo de sus potencialidades y llegar a la plenitud para la que el hombre está dado. Por lo cual, educar en una sociedad que aspire a alcanzar formas democráticas de convivencia, surge como un imperativo para dar respuesta a esa necesidad.

La democracia no sobrevivirá a futuro si no se transmiten a las sucesivas generaciones los valores que le sustentan. Educar para la democracia, es el medio más apto para hacer realidad los valores fundamentales del hombre con vistas a la máxima realización social: alcanzar el valor supraindividual del bien común para una convivencia en justicia, orden y paz.

ESQUEMA DE LA DEMOCRACIA

Es aquí donde se mencionan las diferentes esferas que conforman el esquema de la democracia, siendo éstas: la representativa, la participativa, políticas democráticas o públicas, y finalmente, la estructura de la calidad de la democracia como elemento evaluativo.

ESFERA DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Esta esfera implica un “sistema de gobierno que comprende a funcionarios electos que asumen la representación de los intereses y opiniones de los ciudadanos en el marco de un Estado de derecho” (Held, 1992, p. 20).

La sociedad, a finales del siglo XV y principios del XVI, se ve representada por nuevas formas de organización política. El sistema estamentario y corporativo es sustituido por grupos políticos organizados en el parlamento, con reglas claras y con mecanismos de rotación de la clase política. Los partidos políticos⁶ vienen a ser

⁶ Los partidos políticos hasta nuestros días, viven en la ilusión de la iniciativa de las decisiones políticas, se encuentran excluidos de la ejecución de las políticas gubernamentales y el control es limitado e ineficiente en caso de existir. En México, los partidos políticos lejos de ser partidos de militantes, han pasado a ser partidos de cargos; se han convertido en un obstáculo entre Estado y ciudadanos y vacían la participación ciudadana en las instituciones y aleja al individuo de la cosa pública.

la característica principal de la democracia representativa, y se convierten en canales de comunicación entre la sociedad civil y la sociedad política o Estado; los cauces de intercambio son el parlamento, los partidos políticos y la opinión pública. En este tipo de democracia, el Estado se caracteriza por:

- La legitimidad de un régimen es resultado de la voluntad de la mayoría de los ciudadanos mediante la elección de funcionarios electos y sobre los cuales se deposita constitucionalmente el control sobre las decisiones gubernamentales.
- No impera la voluntad arbitraria de una persona, sino de las leyes, a partir de un sistema de pesos y contrapesos⁷ del poder.
- Los funcionarios públicos son de tipo temporal en sus puestos y de carácter rotativo.
- Los individuos participan en los asuntos públicos por medio de sus representantes y con derecho a expresarse.
- La constitución de un pacto federal donde existan entidades libres y soberanas.
- La representación federal de los ciudadanos se deposita en la Cámara de Diputados, y la de los Estados en la Cámara de Senadores.
- “Los partidos políticos son los articuladores de los intereses sociales y median entre grupos de la sociedad y el Estado; participan en la lucha por el poder político y en la formación de la voluntad política del pueblo, principalmente a través de los procesos electorales” (Cárdenas, 1996, p.12).

Los teóricos de la democracia representativa consideran que la democracia no implica necesariamente una participación directa y constante de los ciudadanos, “los ciudadanos no necesitan hablar o actuar para desempeñar un papel mínimo, nunca insignificante, en el juego del poder, sólo con que los gobernantes teman que en cualquier momento pueden hacerlo (...) no necesitan ejercer un control deliberado, o incluso darse cuenta de que lo ejercen (Hirschman, 1997, pp. 22-23).

La democracia representativa se caracteriza porque las formas de participación política de los ciudadanos se dan principalmente mediante grupos de interés y partidos políticos.⁸ Por medio de éstas, se agregan las preferencias y valores individuales y se convierten en demandas políticas que son representadas a organismos individuales. El argumento de la democracia representativa es que las diferencias entre las personas⁹ son filtradas de manera democrática cuando se implementa el

⁷ “El sistema de pesos y contrapesos que se practica en nuestro país no es efectivo, en la medida en que la influencia de los poderes Legislativo y Judicial se limitan a formar parte en las etapas de implementación y ejecución, pero difícilmente en la toma de decisiones. En México, se ha pasado de la participación democrática a la obediencia autoritaria: la realidad burocrática e impersonal. En nuestra democracia representativa las decisiones importantes no se dan en la esfera pública de la discusión parlamentaria; el gobierno por discusión es una utopía, así la agenda de gobierno se forma en secreto mediante negociaciones elitistas de comisiones cada vez más cerradas y exclusivistas, contradiciendo de esa forma el principio democrático de la apertura a la opinión pública” (Gil Villegas, 1993, p. 705).

⁸ En México, la crítica al sistema de partidos es aguda, en el sentido de que éstos no representan corrientes de opinión, sino que representan grupos de poder económico o socio-político que calculan los costos y los beneficios de sus intereses y llevan a cabo sus compromisos y coaliciones dentro del poder. Por el rol desempeñado, los partidos políticos son importantes sólo como nombres y como categorías, no como organizaciones formales.

⁹ Diferencias debido a desigualdades como educación, ingreso, habilidades políticas manifestadas en una democracia participativa.

principio de un hombre, un voto; esto favorece a las masas y no a las élites; la democracia representativa es vista como un método mediante el cual se forman gobiernos y se legitiman políticas.

La democracia, además de esquemas necesarios de representación mediante elecciones periódicas, implica la participación de todos los ciudadanos en la elaboración, aprobación y aplicación de las políticas; es necesario que se fortalezcan otros mecanismos de participación, tales como: la opinión pública, formación de organizaciones de ciudadanos para al defensa de intereses colectivos. En democracia, la esfera pública es competencia de todos y la participación de los ciudadanos es condición indispensable para la reproducción del sistema.

En suma, la necesidad de impulsar procesos de democracia participativa se basa en la innovación en la articulación de nuevas formas de gobierno local y del desarrollo de la soberanía popular; la utilización de técnicas adecuadas definidas por la misma comunidad; la co-gobernabilidad y corresponsabilidad como principios básicos de la democracia participativa; creación de reglas de participación ciudadana al interior de sus gobiernos; creación de consejos de participación ciudadana, exhortándolos a decidir y definir proyectos de participación en materia de asuntos públicos de la ciudad¹⁰ y aplicación de instrumentos tecnológicos de información y comunicación.

ESFERA DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Se hace referencia a la democracia participativa en sus orígenes (en las ciudades griegas), como el modelo de la democracia directa practicada, donde la diferenciación entre participación y representación no existían como tales, sino que se realizaban asambleas de los que reunían el carácter de ciudadanos y tomaban las decisiones por consenso. Es aquí donde el espíritu original de la democracia es precisamente el de la soberanía popular en manos del pueblo; es decir, es éste el que debe elaborar, modificar y establecer las leyes que regulan el funcionamiento del Estado y de la sociedad. De aquí que lo importante, no sea la constitución de un gobierno para el pueblo, sino el modo en que se constituye y se legitima el gobierno, como lo establecía Abraham Lincoln: “es el gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo”.

“Los conceptos de democracia participativa de nuestros días surgen como resultado de los trastornos políticos de los años setenta, de los debates internos en la izquierda y de la insatisfacción con la herencia de la teoría política, liberal y marxista” (Held, 1992, p. 307).

La democracia participativa implica necesariamente la democratización del Estado en general y el perfeccionamiento de mecanismos de participación en particular. Pero la democratización va más allá; implica la generación de normas e instituciones dentro del marco representativo en temas antes mencionados, sobre partidos políticos, y agregó, en: órganos y procedimientos electorales, pluralidad en congresos y ayuntamientos, y sobre todo, la coexistencia de gobiernos encabezados por distintas fuerzas políticas. En este sentido, Bobbio concibe al régimen democrático como “un conjunto de reglas de procedimiento para la formación de decisiones

¹⁰ Al respecto de la participación ciudadana, existe un trabajo interesante sobre las diferentes formas de participación ciudadana, así como su marco jurídico de Arzaluz Solano, Socorro (2002). Participación ciudadana institucionalizada en el Estado de México. Gestión Municipal y Federalismo, en *Revista del Instituto de Administración Pública del Estado de México* (51), pp. 209-231.

colectivas en las cuales está prevista y facilitada la participación más amplia posible de los interesados” (1984, p. 12).

En la democracia (participativa) son los ciudadanos que, haciendo uso de sus derechos políticos participan en la constitución de la voluntad colectiva, es decir, el pueblo es a la vez objeto del gobierno y sujeto que gobierna. Los teóricos de la democracia participativa (Macpherson, 2003; Poulantzas, 1984 y 2001) consideran que la teoría liberal ignora las asimetrías de poder y afirman que los recursos de los individuos afectan el significado de libertad e igualdad en las relaciones cotidianas; ello ocasiona que las grandes masas vean limitada por falta de recursos y oportunidades, su participación activa en la vida política y social.

De igual forma, Bobbio establece que:

(...) la democracia participativa fomenta el desarrollo humano, intensifica un sentido de eficacia política, reduce el sentido de enajenación respecto a los poderes centrales, nutre el entusiasmo por la preocupación de los problemas colectivos y contribuye a la formación de una ciudadanía, capaz de tomar un interés más perspicaz por las cuestiones de gobierno (Bobbio, 1984, p.311).

Es decir, partiendo de la concepción de Bobbio, las características de la democracia participativa son:

- Participación directa de los ciudadanos en la regulación de las instituciones clave de la sociedad.
- Funcionamiento de los “partidos participativos” en la estructura parlamentaria o del Congreso.
- Reorganización del sistema de partidos.
- Mantenimiento de un sistema institucional abierto que garantice la posibilidad de experimentar con formas políticas.

Complementando lo anterior, las condiciones para lograr lo antes mencionado, son:

- Una mejora directa de la escala base de recursos de muchos grupos sociales.
- Un sistema abierto de información que garantice decisiones informadas.
- Una reducción en la vida pública y privada del poder burocrático no responsable ante los ciudadanos.
- Mayor participación de las mujeres (Held, 1992, pp. 315-316).

Es este el tipo de democracia que se debe fomentar e implementar. Se trata pues, de buscar la manera en que los ciudadanos se conviertan en jueces del gobierno; que sea un método que garantice arreglos institucionales para llegar a las decisiones políticas, legislativas y administrativas,¹¹ pero evitando también los excesos.¹²

¹¹ Al respecto, Mauricio Merino señala que “no habría tiempo ni recursos suficientes para participar en todos los asuntos de interés; en realidad, tan imposible es dejar de participar, porque aun renunciando se participa” (Merino, 1995, p.24).

¹² En este sentido, Bobbio afirma: “con nada se corre el riesgo de matar a la democracia que, con el exceso de democracia” (Bobbio, 1984, p.31).

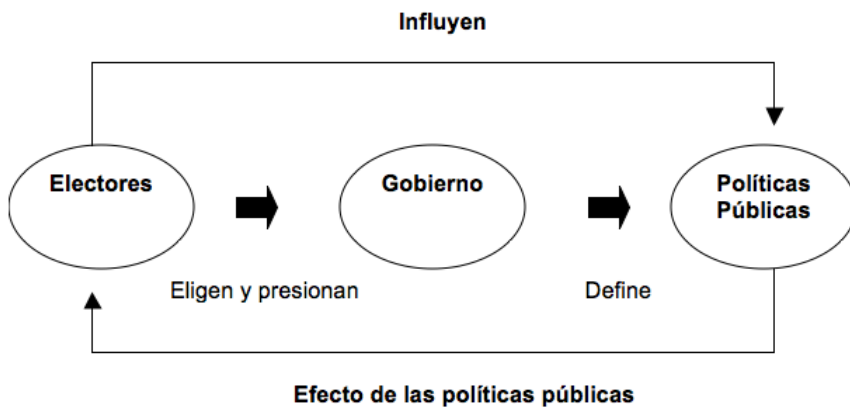
Si se toman en cuenta las premisas señaladas, en México, la democracia participativa se ha dado de manera virtual y en función de una transformación de la idea de soberanía popular por la defensa de los derechos del hombre, y en especial, en el derecho a elegir a los gobernantes; en México, la participación en democracia se ha remitido meramente al proceso electoral, así como al apoyo y fortalecimiento de estructuras partidistas como ejes de la conformación de la misma.

ESFERA DE LAS POLÍTICAS DEMOCRÁTICAS O POLÍTICAS PÚBLICAS

Las políticas públicas son indispensables para la democratización, y son hoy en día, una característica fundamental de la democracia; es decir, las políticas democráticas son las políticas públicas, las cuales se basan en las querencias y necesidades de la ciudadanía por un lado, y por otro, en los consensos y acuerdos de los diferentes grupos sociales; son el instrumento que debe ser legitimado por la ciudadanía y los grupos sociales, lo cual trae consigo la citada corresponsabilidad con el gobierno y gobernabilidad. Las políticas públicas llegan a México aproximadamente hace diez años, actualmente, ya forman parte y actúan (o empiezan a actuar) en regímenes como el nuestro.

El esquema de las políticas públicas se entiende de la siguiente manera:

Cuadro 1. Efectos de las políticas públicas



Fuente: (De Castro Andrade, 1994).

Según el cuadro 1, las políticas públicas, como curso de acción que involucra a todo un conjunto complejo de decisores y operadores, es una estrategia de acción colectiva, deliberadamente diseñada y calculada, en función de determinados objetivos. Para Majone (1997), el diálogo y la discusión abierta son los elementos constitutivos de la elaboración de las políticas; una política es producto de la discusión y persuasión recíproca de muchos actores políticos participantes en su formulación, aceptación y puesta en práctica, es decir, el diseño y desarrollo de las políticas donde convergen, luchan y conciertan las fuerzas políticas.

En este mismo sentido, Méndez propone diferenciar las políticas públicas en cuatro niveles:

1. Inacción pública. Situaciones en las que el Estado no reconoce un problema y, por lo tanto, ni siquiera existe una decisión consciente de no tomar acciones específicas.
2. Decisión Pública. Eventos en los que el Estado reconoce un problema, elabora un diagnóstico, establece un objetivo e inclusive una estrategia, pero decide no ir más allá, es decir, no tomar acciones específicas o de corte estratégico para solucionar un problema.
3. Política Pública. Situaciones en las que el Estado, ante un problema determinado, ejecuta una estrategia o programa de acciones dirigidas a su solución a través de ciertos incentivos (monetarios, legales, de organización, etc.) y formas (gestión pública directa, gestión semipública, sub-contratación, etc.).
4. Resultados Públicos. Un estado social, económico y/o político que no sólo se deriva de una inacción, decisión o política pública sino de una combinación de éstos y otros factores (Méndez, 1993, pp. 111-144).

La política pública es algo más que una decisión; es decidir la existencia de un problema; decidir qué se debe o no resolver; decidir la manera de proceder; decidir legislar sobre el tema. Por ello, el esquema de las políticas públicas está basado en el cuestionamiento constante sobre la manera en que se percibe y se definen los problemas; los intereses afectados; el grado de organización; el acceso a los canales representativos; la consecución del estatuto propio del tema a incluir en el programa o agenda de actuación de los poderes públicos; la formulación de una solución o de una acción de respuesta; el establecimiento de objetivos y prioridades; los soportes políticos, presupuestarios y administrativos de la solución propuesta; la implementación o puesta en práctica de esa política; la evaluación y control de los efectos producidos; el mantenimiento, revisión o terminación de esa política (Subirats, 1998, pp. 173-197).

Al respecto, Aguilar señala: "Se percibe una relación entre gobierno y ciudadanos; la complejidad y multidiversidad, exige gobernar por políticas y con sentido público; esto es, a problemas específicos, políticas específicas, donde las decisiones se construyen a partir de las expectativas múltiples y a la luz pública: acceso franco a la decisión de gobierno y carácter franco de la decisión (1992, p. 22).

LA CALIDAD DE LA DEMOCRACIA; SU ESTRUCTURA

Una vez que se ha hecho referencia a los esquemas de democracia representativa, participativa y políticas democráticas-públicas, como partes fundamentales de la calidad de la democracia, es necesario conocer su estructura.

Como el ejercicio democrático no se reduce a ciertos periodos, sino que es una experiencia que se recrea cotidianamente, la calidad de la democracia la podemos entender por el grado en el que dentro de un régimen democrático, una convivencia política¹³ se acerca a las aspiraciones democráticas de su ciudadanía.

Para analizar dicha concepción, cabe señalar que la calidad de la democracia se caracteriza por los componentes que la forman, entre las cuales encontramos:

¹³ Cabe señalar que el término de calidad de la democracia hace referencia al tipo de convivencia política que está transcurriendo dentro de un régimen político (que en este caso es el democrático); es el efecto acumulado del desempeño en la relación entre Estado, Gobierno y Sociedad.

- El grado de acercamiento: como la capacidad de la ciudadanía para desarrollar cierto tipo de prácticas (democráticas y/o políticas públicas¹⁴) deseables en la gestión pública.
- El régimen democrático: sin éste no habría calidad de la democracia, ya que el régimen democrático establece el marco institucional en el que se norman las prácticas ciudadanas.
- Convivencia política: éstas incluyen las prácticas políticas donde los ciudadanos establecen cotidianamente entre sí, y es en donde lleva a cabo la gestión de los asuntos públicos. Estas prácticas político-ciudadanas, pueden a su vez ser de diferentes formas:
 1. Las prácticas que se desarrollan durante los procesos electorales, que presupone la institucionalización de elecciones libres y competitivas.
 2. Prácticas que se desarrollan en la relación entre las instituciones del Estado y la ciudadanía, que, dentro de una democracia, estas relaciones deben de ser respetuosas de los derechos y obligaciones civiles y políticos.
 3. Las prácticas que se desarrollan entre los ciudadanos para organizar su participación en los asuntos de interés público. Todo este conjunto de prácticas, incluye la formación y funcionamiento de las organizaciones de la llamada sociedad civil.
- Aspiraciones democráticas: como aquella característica de la vida democrática de un país considerada deseable por los ciudadanos.
- Ciudadanía: entendida como aquella que el marco constitucional establece como aquellas personas mayores de dieciocho años nacidas en el país o naturalizadas.

Consecuentemente, la democracia se refiere a la cuestión sobre qué tan democrática es la vida política en una democracia y que esta cuestión, a su vez, implica los métodos y técnicas para medir la calidad democrática, la existencia de un régimen político democrático, una convivencia política determinada y la definición de criterios para evaluar su contenido democrático.

En México, que se cataloga como país democrático y ante la supuesta transición democrática que vivimos, es necesario desarrollar una masa crítica de acción cívica para ensanchar la vida democrática, cimentando las instituciones políticas, la cultura cívica y ampliando el ejercicio de los derechos y obligaciones de los ciudadanos, ya que la democracia que vivimos actualmente se ha constituido de regímenes políticos inestables y fuertes dificultades para lograr el desarrollo humano, y esto evidentemente, ha generado un profundo desencuentro entre la ciudadanía y las instituciones políticas que impactan al régimen democrático.

Los problemas políticos y el desarrollo humano se resuelven con más democracia, con más participación de la sociedad civil, a través de prácticas que se

¹⁴ Término que se analizará más adelante, como parte y eje fundamental de la democracia.

acerquen a las demandas de la sociedad; es necesario articular visiones políticas e instrumentos innovadores para incidir eficazmente en el reforzamiento del vínculo entre democracia y desarrollo humano. Esto es en suma las características de una democracia con calidad.

GOBERNABILIDAD Y DEMOCRACIA

El término *gobernabilidad* es relativamente nuevo; años setentas, coincidiendo con las crisis de las economías desarrolladas, nuevos movimientos sociales y la caducidad del Estado Benefactor. También, porque es en esta etapa donde surge la polémica de la gobernabilidad de las democracias. Se le asocia principalmente como un término problemático dentro de las sociedades complejas y la emergente preocupación por la gobernabilidad de las democracias.

Gobernabilidad es “el desarrollo de capacidades para regir a la sociedad” (Guerrero, 1995, p. 33). “Es entendida como la capacidad de presentarse implementar decisiones políticas mediante cauces institucionales y reglas del juego establecidas en los regímenes democráticos; como un atributo sistémico, una capacidad y se confiere su existencia a la rama ejecutiva del gobierno y al sistema político en su conjunto” (Sánchez, 2002, pp. 307-308). Por lo tanto, gobernabilidad democrática está asociada a los conceptos de orden, estabilidad, eficacia y legitimidad política basada en la democracia (Sánchez, 2002, p. 307).

En sentido contrario a los elementos descritos, para el caso de México, y ante los escenarios políticos-gubernamentales, se concibe pues, una crisis de gobernabilidad, ya que en los tiempos actuales existe una conjunción de desequilibrios inesperados y/o intolerables entre demandas sociales y respuestas gubernamentales.

Actualmente, el vínculo entre gobernabilidad y democracia radica en el principio de soberanía popular, así como en las elecciones periódicas (este es el elemento clave de la vinculación de la democracia con las elecciones: la repetición periódica de la manera en que el pueblo pueda enjuiciar por medio del voto a los gobernantes) y participación ciudadana. Sin embargo, en este contexto, los sistemas democráticos sufren a mayor o menor grado problemas de gobernabilidad, ya que, en un país como México, existen cantidad de demandas que el gobierno ya no puede resolver, y resulta ser que la resolución plena de los problemas de gobernabilidad puede rebasar el ámbito propio de la democracia política.

Lo ideal sería que la gobernabilidad y la democracia se influyan provechosamente para propiciar gobiernos democráticos y legítimos, eficientes y responsables. Pero he aquí la gran dicotomía cuando se habla de gobernabilidad en la concepción referida de José Juan Sánchez. Pero cuando hablamos de democracia, la mejor virtud de ésta no es la prontitud, sino la libertad que se consigue con el concurso de los ciudadanos; si bien es cierto que la democracia es una forma de gobierno, la gobernabilidad es un estado, una propiedad o una cualidad que indica el grado de gobierno representado por un nivel de equilibrio dinámico entre las demandas sociales y capacidad de respuesta gubernamental.

Dentro de esta relación dicotómica, para que la democracia como forma de gobierno pueda ser aplicada coyunturalmente con la gobernabilidad, se puede afirmar, según Norberto Bobbio (1984), que la democracia hace referencia a un conjunto de reglas fundamentales que establecen quién está autorizado a tomar decisiones, bajo qué procedimientos y en qué condiciones.

GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA: AGENDA Y RETOS

Teniendo ya una visión de la gobernabilidad democrática dentro de una relación y la gran dicotomía, se puede inferir que existen retos que implican constituir una ardua agenda:

1. La garantía del orden público, ya que la gobernabilidad supone una capacidad del gobierno para mantener o restaurar rápidamente el orden público, hacer cumplir la ley y hacer acatar las políticas gubernamentales.
2. Redefinición del esquema de relaciones entre Estado, mercado y sociedad civil; es decir, el mantenimiento de adecuadas condiciones de gobernabilidad depende del alto grado de la capacidad del gobierno para llevar adelante una gestión eficaz y una satisfactoria promoción del bienestar social.
3. Fortalecimiento de las instituciones del liderazgo político, el flujo eficaz y legitimado de las decisiones políticas.
4. Fortalecimiento de los partidos políticos, es decir, es necesario que los partidos se adapten a las cambiantes necesidades e intereses de un electorado más exigente y sofisticado.
5. Re-funcionalización de los mecanismos de representación, ya que no existe un sistema electoral óptimo, y que la combinación entre principios de representación (mayoritario y proporcional) e instrumentos de configuración del sistema impactan de manera diferencial en la configuración del sistema de partidos y conformación de gobierno (Franco, 1991, pp. 169-193).

Los desafíos de la gobernabilidad democrática, hoy en día, provienen de la necesidad de corregir y perfeccionar las instituciones democráticas, con el fin de superar problemas inherentes a su propio funcionamiento y complementar sus mecanismos de representación y agregación de intereses. Se trata de desarrollar una estructura institucional que impida caer en déficits generados por la fragmentación del poder producto de la partidocracia.

De igual manera, es necesario que las instituciones clásicas de la democracia representativa sean complementadas con una serie de esquemas de agregación de intereses, de mecanismos de toma de decisiones, de acuerdos y pactos que doten al gobierno, a los grupos estratégicos y a los propios ciudadanos de instrumentos eficaces y legítimos de intervención política en los problemas de la sociedad. Se trata pues, de gobernar privilegiando factores reales de poder tales como corporaciones, empresarios, sindicatos; aparte del sistema de partidos, ante una ciudadanía que muestra crecientes niveles de activación y capacidad organizativa.

De este modo, al pensar en las condiciones para una adecuada gobernabilidad democrática, es preciso entender que las instituciones propias de la democracia

representativa, constituyen una porción del problema de la gobernabilidad, pero no bastan para garantizarla. El logro de una adecuada gobernabilidad se basa en una serie de acuerdos básicos destinados a resolver los problemas de gobierno; para lograr esto, digamos los acuerdos, es necesario tener presente el nivel de cultura política, el nivel de instituciones y políticas públicas.

¿TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA EN MÉXICO?

Para iniciar este recorrido, hay que señalar, en primer término que, más allá del debate teórico que ha suscitado el tema de la transición democrática en nuestro país, se han presentado confusiones, excesos, y claro, una actitud maniqueísta de los políticos, quienes, al conocer el término de la llamada transición, enriquecieron su vocabulario demagógico, pero nunca su capacidad a favor de la democracia.

Entre los aspectos que ha tenido la transición mexicana, no sólo se encuentra el uso convenenciero que se le ha dado a este fenómeno. La transición llegó a nuestras vidas, o por lo menos, al vocabulario habitual de políticos, académicos y medios de comunicación, y resultó que no había mejor pretexto para justificar su uso para y por la transición democrática.

Sin embargo, existen espacios y avances en este trayecto democrático que no podemos negar. Efectivamente hemos arribado a un escenario más democrático, a una transición (por así decirlo) concluida en cuanto a un nuevo régimen político se refiere, y por supuesto, ante el hecho de haber rebasado diversos obstáculos y prácticas que se habían erigido como verdaderos obstáculos hacia el paso de un régimen democrático. Lo que no es válido, es pensar que la transición democrática en México es un hecho concluido y que sólo se puede limitar a los aspectos político-electorales.

Quedan piezas sueltas del rompecabezas que forman parte total de la transición; por ejemplo, la llegada del Partido Acción Nacional (PAN) en el 2000 y el reciente triunfo del Partido Movimiento de Regeneración Nacional (Morena). Estas alternancias sin duda pueden significar la culminación de la transición, pero se ha olvidado que la democratización de nuestro país va más allá de la alternancia en Los Pinos, pues la democracia es un ente complejo que incluye, no sólo al gobierno o partidos políticos sino diversas instituciones, y principalmente, la participación de la ciudadanía.¹⁵

De todo lo anterior, resulta pertinente repasar la siguiente reflexión de Meyer:

La experiencia mexicana en materia de cambio político es de consistencia trágica. Por diversas y complejas razones —entre ellas la ausencia de una base social adecuada—, las transformaciones de régimen en los siglos XIX y XX terminaron muy lejos de sus metas originales: la Independencia no dio paso a la nación fuerte y unida que prometió el Plan de Iguala, la Reforma no logró la democracia que la Constitución de 1857 suponía, ni la Revolución Mexicana el sufragio efectivo y la justicia social (1998, p. 45).

¹⁵ En México se han dado estas dos alternancias importantes, pero producto no de un proceso de democratización, sino de un país dividido y polarizado, en donde las elecciones recientes del 1 de julio de 2018, significaron “una elección presidencial en la cual el enojo con el *statu quo* se ha impuesto sobre el temor de cambiarlo” (Dresser, 2018). El arribo de Andrés Manuel López Obrador al poder se explica “por factores coyunturales y estructurales; por lo que ocurrió en esta contienda y por lo que no ha ocurrido en las últimas dos décadas; el sistema político y económico de México no se supo reformar” (Dresser, 2018).

Al respecto, Jesús Silva Herzog Márquez cita:

Ha concluido la transición porque el antiguo régimen está muerto. Descanse en paz, nuestra señora la transición. El atractivo de la noción es su promesa. Seguir cultivando la fábula de la transición inconclusa, es ofrecer un hermoso territorio por conquistar. El problema es que el guión de esa película no captura ya las peculiaridades de nuestro presente. Seguir hablando de la transición es insistir en que la lucha política tiene como objetivo central la demolición de un sistema autoritario. En otras palabras, la receta que se desprende de esta obsesión es apalear a un cadáver (1999, p. 138).

De tal manera que, la transición política de México en cuanto al abandono de un régimen autoritario sustituido por uno nuevo de corte democrático y emanado además de la gran voluntad popular, es un hecho y que no podrá refutarse por un buen tiempo.

La democracia es todo un entramado que puede extenderse hacia las diversas instituciones y órganos de un Estado, como también, hacia los medios de comunicación, hacia la política económica que se dicta desde las esferas gubernamentales, y por supuesto, hacia los partidos políticos. Por ende, la tarea democratizadora en México aún tiene un largo camino por recorrer.

VACÍOS DE LA TRANSICIÓN MEXICANA

De los vacíos o asuntos pendientes de la transición, sobresalen:

1. La profunda reforma interna que necesitan emprender los partidos políticos para que actúen como auténticos representantes de la ciudadanía, o, mejor dicho, como verdaderas entidades de interés público, así como su financiamiento; esto, con la finalidad de erradicar el juego perverso de intereses mezquinos que rebasan el interés nacional.
2. La ausencia de un proyecto nacional congruente con las necesidades y expectativas de un país complejo e inmerso en una serie de urgencias económicas y sociales, así como de un auténtico Estado de Derecho, es decir, ningún país democrático supone estar apartado del respeto de la ley, a sus instituciones y órganos de su respectivo Estado y claro, sin un sometimiento y rendición de cuentas de sus gobernantes y gobernados. En México, como en muchos países, la democracia y el Estado de Derecho no han convivido adecuadamente. No se puede avanzar por un supuesto terreno democrático en donde el reino de la impunidad, la violencia, el crimen organizado y la constante transgresión a la ley se conviertan en parte inherente de nuestra existencia. Continuar con un Estado petrificado en lo concerniente a la aplicación de la ley, sería como permanecer en la orfandad del cambio político y democrático de este país.

3. Otro vacío de la transición en México son los medios de comunicación, ya que serán siempre un referente de discusión y análisis, pues en ellos se informa, debate y analiza la realidad política, económica y social del país.
4. Otro saldo pendiente es el que queda con millones de mexicanos en el área de la justicia social, ya que para desgracia de los más necesitados y de un amplio espectro de la población, las políticas económicas emanadas de diversas administraciones no han sido eficaces para atemperar la pobreza y conseguir un marco más equitativo y justo de los ingresos.

Es claro que el tema de la transición democrática continuará vigente en cuanto a los saldos que se tengan con la democratización del país. Todos estos vacíos son sólo una aproximación de algunos aspectos que son considerados piezas importantes para el fortalecimiento de la transición. De igual forma, no son asuntos nuevos, de hecho, hay quienes los han explorado de forma independiente sin ligarlos forzosa-mente al ámbito de lo que ha sido la transición democrática mexicana, pero sí su nexos con un escenario democrático.

Sea pues, bienvenida la transición mexicana al nuevo régimen, al igual que a sus nuevos actores. Ojalá que pronto le demos la bienvenida a la verdadera consolidación de este proceso democrático y a un nuevo esquema y plan económico para una nación que lo ha exigido afanosamente durante los últimos años.

REFLEXIONES FINALES

- Se necesita propugnar una democracia participativa-representativa en la cual los representantes jueguen el rol que les corresponde, pero que también existan mecanismos alternativos en los que los ciudadanos manifiesten sus inconformidades y canalicen sus propuestas de gobierno; es decir, que los ciudadanos no solamente sean instrumentos atractivos para los políticos en épocas electorales, sino que lo sean en todo el proceso social.
- ¿Cómo incorporar a la mayoría de los conciudadanos en sus decisiones, tomando en cuenta las diferencias y limitaciones entre ellos, sin que esto le afecte al implementar su proyecto de nación, y que le permita gobernar en un clima de legitimidad, estabilidad y cooperación social?
- Es necesario reafirmar el compromiso social de educar para consolidar nuestra democracia y sus valores, tales como: tolerancia, equidad, pluralismo, solidaridad, respeto a la ley y participación.
- Es necesario crear y dirigirnos hacia una cultura de la gobernabilidad democrática, tomando en consideración la relación compleja entre gobernabilidad y democracia; el compromiso estatal; la inserción en el sistema mundial (globalización); responsabilidad ciudadana; así como la integración de valores. Dicha cultura, tendría que estar definida por un conjunto de ideas y valores capaces de determinar los límites, mediaciones, posibilidades y los intercambios entre el gobierno, el mercado y la sociedad civil en un mundo globalizado. Se trataría de una cultura que habría de incorporar a los valores tradicionales de la democracia, las condiciones exigidas por las necesidades de gobernar a las sociedades complejas; una cultura de pesos y contrapesos, de demandas ciuda-

danas responsables frente a un Estado obligado a rendir cuentas, pero también, de una participación ampliada mediante canales institucionalizados; una cultura que tolere diferencias y que fomente decisiones unificadoras; una cultura que logre integrar orden, libertad, justicia y eficiencia dentro de un marco democrático y de desarrollo socioeconómico equilibrado.

- Es necesario el análisis y diseño de las políticas públicas para que se abran diversas estrategias de acción que incorporen al gobierno y a la sociedad. El análisis de políticas públicas ayuda a desestatizar la sociedad y reconstruir el sentido público del Estado.
- La democratización implica ir más allá de los procesos electorales, así como la creación de condiciones necesarias para atender con eficiencia los problemas y necesidades de los ciudadanos. Con la implantación de la democracia no se garantiza la eficiencia de los gobiernos, pero sí la probabilidad de políticas adecuadas y gestión eficiente al incorporar pluralidad y el debate en la elaboración de las mismas.
- Es necesario continuar con un examen permanente de las acciones gubernamentales y de los actores políticos y sociales que forman parte de los cambios nacionales. No es suficiente con el cambio de personajes en la presidencia, ni experimentar una nueva geografía electoral, si los actores políticos, instituciones y demás miembros de la llamada sociedad civil, se aferran a prácticas prehistóricas del quehacer político que tanto lesiona el desarrollo de México.
- Hay una creciente pérdida del monopolio de lo político por parte de los partidos políticos. Las actuales formas de organización del sistema político requieren profundos cambios, porque ya no dan una adecuada cuenta de las crecientes demandas provenientes de las nuevas formas de ciudadanía.
- No son suficientes los principios de la democracia representativa: división de poderes del estado, alternancia en el poder, procesos temporales electorales, radicación de la soberanía en el pueblo; sino que se requiere diseñar e introducir nuevos principios que aseguren una real y efectiva democracia. Es necesaria la configuración de un sentido fuerte de ciudadanía con la construcción y defensa de lo público, mediante la participación democrática.
- Fortalecer a la democracia mediante la creación de espacios públicos, en donde la sociedad, cada vez más demandante, actúe como fiscalizadora del Estado. Esto no se podrá lograr sin el urgente fortalecimiento de las instituciones, cuya funcionalidad está más que deteriorada y erosionada.
- La rebeldía social, ante la inminente pérdida de sensibilidad del Estado-Gobierno para lograr consensos, y, por lo tanto, exista ingobernabilidad, no es una salida en una consolidación democrática. Los ciudadanos son el eje de las políticas públicas en el marco de la democracia participativa. La participación ciudadana es un elemento indispensable, por lo que se deben establecer mecanismos que la incentiven y conviertan no sólo en un instrumento eficaz de gobierno, sino también en un ingrediente a tomar en cuenta en la elaboración de políticas públicas. Actualmente, las sociedades abiertas propician una actitud ciudadana de mayor involucramiento en la toma de decisiones para la preservación y extensión de prácticas democráticas de representación y participación en la vida cotidiana del gobierno.

REFERENCIAS

1. Aguilar Villanueva, L. F. (1992). *La hechura de las políticas públicas, Antología de políticas públicas/2*. México: Porrúa.
2. Arzaluz Solano, S. (2002). Participación ciudadana institucionalizada en el Estado de México. Gestión Municipal y Federalismo. *Revista del Instituto de Administración Pública del Estado de México* (51), pp. 209-234.
3. Bobbio, N. (1984). *El futuro de la democracia*. México: Planeta.
4. Cárdenas Gracia, J. (1996). *Partidos políticos y democracia, Cuadernos de divulgación de la cultura democrática*, México: IFE.
5. Dahl, R. A. (1991). *Los dilemas del pluralismo democrático*. México: Alianza Editorial.
6. De Castro Andrade, R. (1994). *Introducción al pensamiento contemporáneo: sus orígenes y desarrollo*, Bogota: Escuela de liderazgo democrático, Fundación Social.
7. Dresser, D. (2018). *Paternidad*. México: en Reforma, 26 de junio.
8. Franco, R. (1991). Sistemas electorales y gobernabilidad. En José Luis Barros et al., *Transiciones a la Democracia en Europa y América Latina* (pp. 169-190). México: FLACSO/Porrúa/Universidad de Guadalajara.
9. Gil Villegas, F. (1993). Democracia y liberalismo en la modernidad: una perspectiva teórica. En *Foro internacional* 4(134), pp. 684-715.
10. Guerrero, O. (1995). Implementación de políticas como gobernabilidad. *Revista del Instituto de Administración Pública el Estado de México* (26), pp. 33-48.
11. Held, D. (1992). *Modelos de democracia*. México: Alianza Editorial.
12. Hirschman, A. O. (1997). *Salida, voz y lealtad*. México: FCE.
13. Macpherson, Crawford B. (2003). *La democracia liberal y su época*. España: Alianza Editorial.
14. Majone, G. (1997). *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas*. México: FCE.
15. Méndez, J. L. (1993). La política pública como variable dependiente: hacia un análisis más integral de las políticas públicas. *Foro Internacional* (1), pp. 111-144.
16. Merino Huerta, M. (1995). *La participación ciudadana en la democracia. Cuadernos de divulgación de la cultura democrática*, México: IFE.

17. Meyer, L. (1998). *Fin de régimen y democracia incipiente. México hacia el siglo XXI*. México: Océano.
18. Michels, R. (2003). *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*. Argentina: Amorrortu.
19. Poulantzas, N. (1984). *Hegemonía y dominación en el estado moderno*. Argentina: Pasado y Presente.
20. Poulantzas, N. (2001). *Poder político y clases sociales en el estado capitalista*. Argentina: Siglo XXI.
21. Sánchez González, J.J. (2002). *Gestión pública y governance*. México: Instituto de Administración Pública del Estado de México.
22. Sartori, G. (2000). *¿Qué es la democracia?* México: Nueva Imagen.
23. Schumpeter, J. A. (1983). *Capitalismo, socialismo y democracia*. Barcelona: Orbis.
24. Silva-Herzog Márquez, J. (2005). *El antiguo régimen y la transición en México*. México: Planeta.
25. Subirats, J. (1998). Notas acerca del Estado, la administración y las políticas públicas. *Revista de Estudios Políticos* (59), pp.173-198.

Análisis normativo de las campañas electorales y su financiamiento. Caso: Provincia de Córdoba (Argentina)

Normative analysis of the electoral campaigns and their financing. Case: Province of Córdoba (Argentina)

EMMANUEL NIETO*

Resumen

Epstein y Panebianco coinciden en que el financiamiento de las campañas electorales es fundamental para los partidos políticos modernos. Los ciudadanos de Córdoba disponen hoy de una herramienta normativa más eficiente para el ejercicio pleno de sus derechos cívicos, que posibilitan una más transparente participación del pueblo en los comicios. Esto logra novedosos instrumentos como: Boleta Única de Sufragio, la supresión de las sumatorias electorales, el fortalecimiento de la Justicia Electoral, la regulación de las campañas electorales y de su financiamiento público y privado, y el ordenamiento del sistema de partidos políticos. Todos estos cambios constituyen un aporte valioso para la calidad de la vida institucional de la Provincia. Sin embargo, no es posible dejar de soslayar algunas modificaciones que produjeron retrocesos importantes. Las marchas y contramarchas hacen complicado vislumbrar y analizar futuros cambios para seguir perfeccionando la normativa electoral cordobesa.

Palabras clave

Desarrollo sostenible, Sostenibilidad, Planeación, Participación ciudadana.

Abstract

Epstein and Panebianco agree that the financing of electoral campaigns is fundamental for modern parties. Today the citizens of Córdoba have a more efficient regulatory tool for the full exercise of their civic rights, which allows for more transparent participation of the people in the elections. This is achieved by implementing innovative instruments: Single Ballot Paper, the suppression of electoral's summations, the strengthening of Electoral Justice, the regulation of electoral campaigns and their public and private financing and the ordering of the political party system. All these changes constitute a valuable contribution to the quality of the institutional life of the Province. However, it is not possible to ignore some important modifications that produced important setbacks. The marches and countermarches make it difficult to glimpse and analyze future changes to continue perfecting the electoral regulations of Córdoba.

Key words

Electoral law, Electoral financing, Electoral campaign, Control organ, Electoral penalties.



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

INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas es noble iniciar la tarea recordando que la República Argentina adopta para sí un sistema de gobierno representativo, republicano y federal (artículo 1 de su Constitución Nacional). Para el presente ejemplar la nota de federal es lo distintivo y lo que hace trascender el estudio que se intenta. El ser un Estado federal hace que reconozcamos dos niveles de gobiernos bien diferenciados, uno nacional y otro provincial. A partir de la reforma constitucional de 1994, Argentina cuenta como sujetos de su relación federal a 25 personas jurídicas públicas, a saber: Nación, 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.¹ Dentro de esta relación federal se produjo un deslinde de competencias en cuanto a que le era atribuible a cada jurisdicción, surgiendo así lo que la doctrina denominó poderes conservados, delegados, concurrentes y prohibidos (Hernandez y Barrera, 2011, pp. 199-204).

Uno de los poderes conservados por las Provincias es el de dictar su Constitución, establecer el diseño institucional de sus gobiernos y su elección de forma autónoma sin intervención del gobierno nacional en tanto se respeten las mandas constitucionales (artículo 5 y 122 de la Constitución Nacional).

Reglamentar la cuestión electoral es atribución exclusiva del Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba representada en la Legislatura según el artículo 104 inc. 22 de la Constitución Provincial. Así, la Legislatura, en su antigua composición bicameral y en su actual composición unicameral, dictó a lo largo de la historia varias leyes que regularon el régimen electoral en todas sus facetas e innumerables leyes modificatorias de las anteriores.

Actualmente la ley vigente en la materia, llamada Código Electoral, es la Ley N° 9571 sancionada en diciembre de 2008,² derogando la vieja Ley N° 8767 y sus modificatorias.

Es importante destacar que el presente artículo tiene como fin analizar sólo la faz normativa de la regulación de las campañas electorales, haciendo especial referencia a lo normado en tema financiamiento de las mismas en la legislación cordobesa vigente.

Cabe aclarar que el tema electoral es extenso en su contenido y cuenta con un interesante derrotero de precedentes desde el restablecimiento de la democracia. Con las últimas modificaciones de orden normativo se generó un importante rediseño de algunos aspectos del régimen electoral cordobés, aunque no de la totalidad del mismo, que por cuestiones de brevedad no desarrollaremos.

¹ Cfr. Art. 129 de la Constitución Nacional otorgándole a este municipio un rango autonómico que lo diferencia del resto, que hace del gobierno de esta ciudad asimilable a una Provincia, pero no equiparándolo a tal.

² Esta ley fue fruto del dictamen denominado “Así no va más” realizada por la Comisión Consultiva de Expertos para la Reforma Político-Electoral, creada por el Poder Ejecutivo Provincial mediante el Decreto N° 2192/07. Esta Comisión estuvo compuesta por 9 miembros procedentes fundamentalmente de la vida universitaria. Es dable destacar que muchas de las modificaciones propuestas no fueron tenidas en cuenta.

La necesidad de formular una reforma política es una realidad que afronta la provincia y también el país desde hace muchos años, y desde el regreso de la democracia ha formado parte de la agenda pública casi de manera permanente, aunque ello no necesariamente se tradujera en un adecuado y objetivo tratamiento de la cuestión.

La vieja Ley provincial N° 8767 dotó a la provincia de un sistema legal propio en la materia nada novedosa, ya que era la réplica a escala de la normativa nacional que hasta ese momento había regido supletoriamente los destinos institucionales y políticos de la provincia.

Es imprescindible hacer la salvedad que, si bien, el Código estaba listo para ser utilizado por primera vez en las elecciones provinciales de 2011, en octubre de 2010 la misma Legislatura que lo sancionó, a través del dictado de la Ley provincial N° 9838, suspendió la aplicación de aquel para las elecciones del 2011, pero sólo en lo atinente al sistema de regulación del financiamiento de las campañas electores. Esto último es uno de los aportes más ponderados del novel Código para el sistema de partidos políticos.

El último retoque al vigente sistema normativo fue la Ley provincial N° 10272 sancionada en abril de 2015, a escasos días de la puesta en funcionamiento del andamiaje electoral que se desarrolla a lo largo del calendario electoral para las elecciones generales de renovación de mandatos.

IMPORTANCIA DEL FINANCIAMIENTO DE LAS CAMPAÑAS

Epstein analizando los partidos del tipo norteamericano afirmaba, en contra posición de Duverger, “que eran estos los más aptos para llevar adelante campañas electorales modernas” (1967, p. 17); sosteniendo que en una era de elecciones televisadas, encuestas de opinión, etc., los partidos no precisaban de un elevado número de afiliados para movilizar a los votantes, sino lo que más se requería era dinero para comprar este servicio (y otros), obteniéndose fácilmente de los grupos de interés y de donantes individuales (Duverger, 1954, p. 54).

Para Panebianco (Ware, 2004, pp. 172-173), “la financiación de los partidos políticos es una fuente de legitimación externa, según sus categorías de análisis, generando que la autoridad dentro del partido la constituye la institución patrocinadora”.

Dependiendo de cuál sea el esquema de financiamiento permitido, diferentes serán sus consecuencias. No surten el mismo efecto, por ejemplo, el monopolio de las candidaturas que detentan los partidos políticos del régimen cordobés, fomentando para algunos autores la cartelización de la política, al prohibir candidaturas independientes o financiamientos independientes por candidatos de los partidos políticos en las listas sábana.

CAMPAÑA ELECTORAL

A los efectos del Código Electoral se entiende por campaña electoral al conjunto de actividades realizadas por los partidos, alianzas o confederaciones políticas que par-

ticipen de una compulsa electoral, con el propósito de promover la participación del electorado y la captación del sufragio a favor de los candidatos a cargos públicos electivos. Así, las actividades académicas, debates, conferencias, presentación de planes y proyectos, y la realización de congresos o simposios, quedan excluidos de este concepto.

La campaña electoral para la elección de gobernador y vicegobernador, legisladores provinciales y miembros del Tribunal de Cuentas de la Provincia, tienen una duración de 45 días corridos antes del comienzo de la veda electoral.

El Código se preocupa en resaltar la responsabilidad de las agrupaciones políticas en cuanto al contenido de los mensajes de campaña teniendo siempre en cuenta los valores del sistema republicano y democrático, y contribuir a la educación cívica del pueblo. Fijando como pautas publicitarias:

- 1) Individualizar claramente el nombre del partido o alianza en términos que no provoquen confusión gráfica o fonética, como así también el nombre del o los candidatos y el o los cargos a los que aspiran ocupar, cuidando siempre no inducir a engaños o confundir al electorado. Otorga la posibilidad de solicitar por parte del otro partido o alianza damnificado la suspensión de dicha propaganda maliciosa. El Juez, previa vista al fiscal electoral y sin más trámite, dictará resolución en un término perentorio no mayor de dos días entendiéndolo la premura en resolver por las cuestiones en juego.
- 2) Prohibiendo la publicidad y propaganda electoral que:
 - Incite a la violencia
 - Discrimine por razones de clase, raza, sexo o religión
 - Inciten a la destrucción de bienes o atente contra la integridad física de las personas
 - Instigue a la desobediencia colectiva en el cumplimiento de las leyes o de las decisiones judiciales o a las disposiciones adoptadas para salvaguardar el orden público
 - Injurie y calumnie
 - Desaliente a la participación.

ABSTENCIÓN DE ACTOS DE GOBIERNO Y CLIENTELISMO POLÍTICO

El Código prohíbe la realización de publicidad oficial durante los últimos 30 días inmediatos anteriores a la fecha prevista para la realización del acto comicial. Así mismo prohíbe la realización de actos inaugurales de obras públicas y el lanzamiento o promoción de planes, proyectos o programas de alcance colectivo, durante los 15 días inmediatos anteriores a la fecha fijada para la celebración del acto comicial.

También prohíbe durante la campaña electoral y el acto comicial, utilizar, facilitar o distribuir gratuitamente bienes y/o servicios de carácter social subvencionados, suministrados o provistos por el Estado Provincial, con el objeto de promocionar a una agrupación política o a los candidatos postulados por los mismos. A este accionar el Código lo denomina “Clientelismo Político”.

FINANCIAMIENTO DE LAS CAMPAÑAS

El Código Electoral tiene como finalidad garantizar el desarrollo y fortalecimiento del sistema republicano de gobierno y de los partidos políticos a través del financiamiento de las campañas electorales.

La ley tiene por objetivo regular y controlar los aportes que el Estado Provincial y los particulares realizan a fin de contribuir al financiamiento de las campañas electorales de los partidos, alianzas o confederaciones políticas que participen de una compulsa electoral.

Establece por tanto dos tipos de fondos:

1. Públicos: constituidos por el aporte del Estado Provincial destinado a la contratación de espacios publicitarios en medios electrónicos de comunicación –radio y televisión– para la publicidad y propaganda electoral.
2. Privados: constituidos por toda contribución, donación o aporte en dinero o susceptible de apreciación en dinero con destino a publicidad, propaganda y gastos electorales.

Por otro lado, establece que los partidos, alianzas o confederaciones políticas que participen de la compulsa electoral no pueden superar para gastos electorales, la suma equivalente al dos por mil (2‰) del Salario Mínimo, Vital y Móvil por elector habilitado a votar en la elección. Como gastos electorales la ley menciona:

1. Alquiler de locales para la celebración de actos de la campaña electoral.
2. Remuneraciones del personal que presta servicios para las candidaturas.
3. Gastos de transporte y desplazamiento de los candidatos, dirigentes y del personal afectado a tales servicios.
4. Correspondencia, franqueo y servicios telegráficos, telefónicos y otros que utilicen la red nacional o internacional de comunicaciones.
5. Todo gasto necesario para la organización y funcionamiento de la campaña electoral.

FINANCIAMIENTO PÚBLICO

Para cumplimentar con el aporte público se crea un Fondo Permanente para el Financiamiento de Campañas Electorales, que está integrado con los recursos que anualmente destine la Ley de Presupuesto General de la Provincial. Dicho aporte no puede ser inferior a la suma equivalente al uno coma tres por mil (1,3‰) del Salario Mínimo, Vital y Móvil por elector habilitado a votar en la última elección provincial.

Los recursos así integrados deben ser depositados en una cuenta especial abierta en el Banco de la Provincia de Córdoba, a la orden del Poder Judicial, con la obligación de la afectación específica.

FINANCIAMIENTO PRIVADO: LÍMITES Y RESTRICCIONES

En cuanto a los fondos privados la ley establece que puede proveer de:

1. De sus afiliados
2. De otras personas físicas no afiliadas
3. De las personas jurídicas
4. Del rendimiento de su patrimonio y otro tipo de actividades

Prohíbe a las personas físicas efectuar contribuciones, donaciones o aportes superiores a la suma equivalente a cinco Salarios Mínimos, Vitales y Móviles, a un mismo candidato y para la misma campaña electoral.

Prohíbe así mismo a los partidos, alianzas y confederaciones políticas aceptar o recibir, directa o indirectamente, contribuciones y/o donaciones provenientes de:

1. Personas anónimas
2. Entidades centralizadas o descentralizadas, nacionales, provinciales, interestatales, binacionales, multilaterales o municipales
3. Empresas concesionarias de servicios u obras públicas nacionales, provinciales o municipales
4. Personas físicas o jurídicas que exploten juegos de azar
5. Personas físicas o jurídicas extranjeras que no tengan residencia o domicilio en el país
6. Personas físicas que hubieran sido obligadas a efectuar la contribución por sus superiores jerárquicos o empleadores
7. Gobiernos o entidades extranjeras
8. Asociaciones sindicales, patronales o profesionales

Con dichos fondos los partidos, alianzas y confederaciones políticas que participen de la elección pueden contratar en medios electrónicos para publicidad y propaganda electoral, como máximo, hasta cinco veces la cantidad de espacios publicitarios recibidos del Tribunal Electoral. Dicho tribunal podrá requerir informes detallados de los medios electrónicos contratados a los fines de controlar el cumplimiento de los topes establecidos.

ACCESO A LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

La ley reglamentó la contratación de espacios publicitarios en los medios electrónicos de comunicación (sólo radio y televisión) públicos y privados, provinciales y locales, para la publicidad y propaganda electoral, con la finalidad de promover a los candidatos a cargos electivos y difundir las propuestas programáticas, planes de trabajo y plataformas electorales durante la compulsa electoral.

Se fijó como franja horaria dentro de la cual se emitirá la publicidad y propaganda electoral, desde las 6 y las 24 horas.

El Poder Judicial a través del Tribunal Electoral Ad Hoc es el encargado de contratar los espacios publicitarios en los medios electrónicos de comunicación usando el Fondo Permanente para el Financiamiento de Campañas Electorales.

La distribución de los espacios publicitarios se realiza de acuerdo con los siguientes criterios:

1. El 30% en forma igualitaria para todos los partidos, alianzas y confederaciones políticas que participen en la contienda electoral.
2. El 70% restante en forma directamente proporcional a la cantidad de votos que el partido, alianza o confederación política hubiera obtenido en las elecciones para legisladores por distrito único inmediatamente anterior. Para el caso de alianzas y confederaciones nuevas le corresponderá la suma de lo que le toca a cada uno de los partidos que la integran; en ningún caso la suma puede ser superior al espacio publicitario que le correspondiese al partido, alianza o confederación política que hubiera resultado ganadora en la última elección provincial para gobernador, utilizándose este último parámetro como tope. Para el caso de aquellos partidos políticos que hubieran concurrido a la última elección provincial integrando una alianza que no se hubiera reinscripto para la nueva convocatoria a elecciones, el espacio publicitario correspondiente se distribuirá entre los partidos miembros, en la proporción que establecía el acuerdo suscripto por los partidos al momento de solicitar el reconocimiento como alianza, dando una gran importancia y libertad a la hora de suscribir acuerdos políticos para inscripción de alianzas electorales.
3. Por sorteo se establecerán los órdenes de aparición.

Estos espacios publicitarios deben ponerse a disposición durante los últimos 30 días de campaña, antes de la veda electoral.

En cuanto a los espacios gratuitos, es decir, aquellos que el Estado provincial debe garantizar en pos de contribuir con los procesos democráticos y la consiguiente educación cívica del pueblo. Se estableció sin costo alguno, un adicional del 20% de la totalidad de los espacios que les hubiera contratado el Tribunal Electoral durante los últimos diez días corridos anteriores a la veda electoral.

A los mismos efectos y durante el mismo lapso, los periódicos de edición provincial destinarán una página por edición. Este último agregado de la ley, de escasa técnica parlamentaria, genera alguna confusión y debemos estar a la jurisprudencia que para el caso concreto fue estableciendo el Tribunal Electoral.

Sólo pueden contratar los espacios publicitarios destinados a propaganda y publicidad electoral, el Juzgado Electoral y los Responsables Políticos de Campañas Electorales de los partidos o alianzas, quedando vedado la posibilidad de contratación por parte de terceros.

En cuanto a la publicidad en la vía pública, la ley respeta la autonomía municipal de pura cepa cordobesa, dejando a arbitrio de cada municipio y comuna regular las condiciones de la misma.

Un apartado especial merece la publicidad de las campañas electorales de los institutos de democracia directa y semidirecta regulando en 30 días el máximo posible para las mismas anteriores al día del acto comicial. Los medios electrónicos de comunicación deberán conceder espacios gratuitos iguales para ambas propuestas (“sí” y “no”). Regula sólo consultas populares y referéndum, deja afuera revocatoria.

Por último, prohíbe la difusión de resultados de encuestas de opinión desde los diez días inmediatamente anteriores al día de las elecciones y la difusión de resultados de sondeos de boca de urna, hasta tres horas después del cierre del acto electoral.

A modo de crítica la ley sólo reguló radio, televisión y muy poco de periódicos y vía pública; dejando fuera de regulación otros, como lo es el uso de Internet, que al masivarse, mucho de las campañas políticas y más las denominadas “modernas” se volcó por este medio en profundidad, llegando en algunos casos a infringir abiertamente los partidos políticos la legislación electoral en cuanto a la veda y otros puntos. Ejemplo de ello era la continuidad de las campañas por las redes sociales Facebook o Twitter, tanto por parte de los candidatos como de los dirigentes y afiliados, viralizando encuestas o promesas de campaña.

Es igualmente tramposa la redacción de la ley, ya que habla de medios electrónicos de comunicación, como si los englobara o regulara a todos, pero en el análisis desglosado y específico aclara que sólo hace referencia de TV y radio.

RENDICIÓN DE CUENTAS

Los partidos o alianzas tienen la obligación de designar un Responsable Político de Campaña Electoral y su suplente, quienes deben fijar domicilio dentro de la Provincia, no ser candidatos en la elección y estar afiliados al partido que los designa.

A su vez, el Responsable Político tiene la facultad de designar subadministradores departamentales de las respectivas campañas electorales locales, quienes deben tener domicilio en la sección en la que actúen, no ser candidatos en la elección y estar afiliados al partido al que pertenece el Responsable.

Los partidos o alianzas deben comunicar al Juzgado Electoral la designación, datos personales y profesionales del Responsable y su suplente con una antelación no menor a los cincuenta días corridos antes de la fecha fijada para los comicios, lo mismo se aplica para subadministradores, pero con una antelación no inferior a los treinta días corridos para los subadministradores.

La principal responsabilidad de todos ellos es velar por el cumplimiento de las obligaciones previstas en el Código Electoral Provincial y de las demás disposiciones legales vigentes en materia tributaria. A estos efectos el Responsable deberá abrir una cuenta especial en el Banco oficial de la Provincia, a nombre del partido o alianza que lo hubiera designado y a la orden conjunta de él y del tesorero, donde se deben depositar todas los recursos destinados a afrontar los gastos electorales. Dichas cuentas bancarias deben cerrarse a los treinta días de concluida la elección.

El Responsable en cumplimiento de sus funciones debe:

1. Llevar la contabilidad detallada de todo ingreso y egreso de fondos con indicación de origen y destino.
2. Elevar en término al Juzgado Electoral la documentación e información requerida por el Código Electoral.
3. Efectuar todos los gastos electorales con cargo a la cuenta bancaria especial.
4. Conservar la documentación e información durante los cuatro años siguientes al acto electoral.

Con respecto a todo gasto que se efectúe con motivo de una campaña electoral superior a un salario mínimo, vital y móvil debe documentarse, sin perjuicio de

la emisión de los instrumentos fiscales ordinarios, a través de una “Constancia de Operación de Campaña Electoral” en la que deben figurar los siguientes datos:

- 1) Identificación tributaria del partido o alianza y de la parte co-contratante
- 2) Importe de la operación
- 3) Número de la factura correspondiente
- 4) Número de cuenta y del cheque destinado al pago.

Estas constancias deben ser numeradas correlativamente para cada campaña y deben registrarse en los libros contables de los partidos o alianzas.

El Responsable debe confeccionar un Informe Previo que deberá elevar al Juzgado Electoral, con quince días de antelación a la celebración de los comicios, donde hará constar los aportes privados recibidos, con indicación del origen, monto y destino de los mismos. Posteriormente y dentro de los sesenta días siguientes a los comicios, deberá remitir al mismo Juzgado un Informe Final con cuenta documentada de todos los ingresos y gastos irrogados por la campaña electoral. Independientemente de otras responsabilidades legales la falta de remisión del Informe Final al Juzgado Electoral, determina la cesación de todo aporte, subsidio o subvención de parte del Estado hacia el partido político que hubiere incumplido con la obligación. En el caso de alianza dicha sanción se hará extensiva a los partidos que las integran.

Más allá de la presentación de los Informes el Juzgado puede, en cualquier momento, exigir la presentación de todas las informaciones referidas al manejo de fondos electorales a los respectivos Responsables.

Frente a todo lo anteriormente regulado el artículo 232 permite realizar gastos anticipados, es decir, aquellos realizados con anterioridad al comienzo de la campaña electoral, con la sola obligación de ser comunicados en los informes Previo y Final, desvirtuando así toda la regulación.

ÓRGANO DE CONTROL

El Código Electoral pone en cabeza del Tribunal Electoral durante la campaña y posteriormente al Juzgado Electoral,³ el control del cumplimiento de todas las disposiciones legales. Así dichos órganos electorales tienen amplias facultades.

Así el Tribunal Electoral podrá auditar los medios electrónicos de comunicación pudiendo a su vez contratar un servicio de auditoría de medios que lo asista. Para estos fines, el Poder Ejecutivo tiene la obligación de proveer los fondos necesarios. El Juzgado Electoral debe publicar los Informes Finales de los partidos o alianzas en el Boletín Oficial de la Provincia y en su sitio web. Así mismo tiene noventa días desde su presentación para aprobarlo.

Tanto los informes Previos como Finales remitidos al Juzgado deberán ser puestos a disposición de los interesados y del Ministerio Fiscal para su conocimiento durante 30 días hábiles. Los mismos tendrán hasta cinco días hábiles posteriores al vencimiento del plazo anterior para observar los Informes. De no mediar observaciones, el Juzgado ordenará su archivo. De mediar observaciones es el Juzgado quien debe resolver las mismas.

El artículo 236 es importante porque otorga a cualquier ciudadano el acceso a los Informes sin limitación alguna y sin necesidad de acreditar interés legítimo.

³ Cfr. Ley Provincial N° 9840.

RÉGIMEN SANCIONATORIO

El Código electoral sanciona a los medios de comunicación que incurriesen en dos conductas a saber:

- Con multa equivalente de hasta cien Salarios Mínimos, Vitales y Móviles a los medios que alterasen el precio de sus tarifas normales durante el desarrollo de una campaña electoral, favoreciendo a un partido o alianza y discriminando en perjuicio de otro.
- Con multa equivalente de hasta doscientos Salarios Mínimos, Vitales y Móviles los medios que vendiesen espacios publicitarios con fines electorales a terceros que no sean los Responsables o el Juzgado Electoral.

En cuanto a los partidos o alianzas el artículo 242 reprime las siguientes acciones:

1. No restitución del monto equivalente al espacio publicitario utilizado en caso de retirar a sus candidatos y no participar del acto comicial.
2. Recibir contribuciones o donaciones de particulares en violación a lo dispuesto.
3. Realizar gastos por encima del tope previsto en el artículo 206.
4. Recibir o depositar fondos en cuentas bancarias distintas a la especial prevista en el artículo 227.

La sanción por realizar cualquiera de estas conductas es la pérdida de derecho a espacios publicitarios que distribuye el Tribunal Electoral por una o dos elecciones. Así mismo reprime al Responsable Político de Campaña Electoral y su suplente que no cumplieran con las obligaciones previstas en el articulado de la ley, siendo pasibles, además de las sanciones penales que pudieran corresponderles, de una pena accesoria de inhabilitación de seis meses a diez años para el ejercicio de sus derechos políticos de elegir y de ser elegidos en las elecciones a cargos públicos provinciales, municipales o comunales y en las elecciones de autoridades de los partidos políticos en los que estuvieren afiliados.

También reprime a los terceros particulares que efectúen contribuciones o donaciones o realicen contrataciones en violación a lo dispuesto en el Código con multa equivalente de hasta el décuplo (diez veces) de la contribución o donación efectuada o la contratación realizada.

Si estas acciones las realizara una persona física se le aplicará pena accesoria de inhabilitación de seis meses a diez años para el ejercicio de sus derechos de elegir y ser elegido en las elecciones a cargos públicos provinciales, municipales o comunales y en las elecciones de autoridades de los partidos políticos.

Si dichas acciones fueras realizadas por una persona jurídica la sanción que se imponga tendrá alcance solidario para con las personas físicas que ostenten el cargo de director, socio gerente, gerente, administrador o similar de la empresa que se trate. Asimismo, de corresponder, la persona física será pasible de la sanción accesoria de inhabilitación.

En caso de reincidencia en la comisión de cualquiera de las infracciones los máximos de penas se incrementan en un 50%. Es el Juzgado Electoral el que debe merituar todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que hacen a la infracción

cometida como asimismo las condiciones personales de los supuestos infractores a fin de graduar la sanción.

Sanciona a los autores o agrupaciones políticas que publiquen propaganda electoral en violación a los criterios establecidos en el artículo 213 del Código con una multa equivalente de hasta cincuenta Salarios Mínimos, Vitales y Móviles.

Por último reprime al clientelismo político establecido en el artículo 222, en tanto no tipifique un delito con multa equivalente a cinco Salarios Mínimos, Vitales y Móviles, suspensión en el desempeño de su cargo e inhabilitación para ejercer cargos públicos por un periodo de seis meses a un año si el autor fuese un empleado o funcionario público, y si el autor fuera una agrupación política, con multa equivalente a diez Salarios Mínimos, Vitales y Móviles e inhabilitación para ejercer cargos públicos por el periodo de un año a quien ejerza la máxima conducción política de la agrupación infractora.

CONCLUSIONES

A modo de cierre podemos considerar que los ciudadanos de Córdoba disponen hoy de una herramienta más eficiente para el ejercicio pleno de sus derechos cívicos, que posibilitan una más transparente participación del pueblo en los comicios. Esto se logra no sólo implementando novedosos instrumentos que permiten dar mayores garantías a la hora de sufragar como fue la incorporación de la Boleta Única de Sufragio, la supresión de las sumatorias, el fortalecimiento del Poder Judicial y de la Justicia Electoral; sino muy especialmente la regulación de las campañas electorales y de su financiamiento público y privado, y el ordenamiento del sistema de partidos políticos. Todos estos cambios constituyen un aporte valioso para la calidad de la vida institucional de la Provincia.

Sin embargo, no es posible dejar de soslayar algunas importantes modificaciones a la Ley N° 9571, si bien no modificaron su espíritu, produjeron retrocesos importantes.

Sin lugar a dudas el más importante fue el dictado de la Ley N° 9838 que suspendía la aplicación del nuevo Código en varios aspectos para las elecciones generales del 2011 que iban a ser su bautismo de fuego. De entre estos varios aspectos, el que nos interesa, era la suspensión del sistema de regulación del financiamiento de las campañas por parte de los electores. Algo realmente incomprensible si se tiene en cuenta que la misma Legislatura que sanciona la ley en 2008, la suspende a escasos meses de ser aplicada por primera vez.

Por Ley provincial N° 10272 sancionada en abril de 2015 se retoca nuevamente la ley produciendo profundos retrocesos. De entre ellos se modificó el artículo 188 reduciendo el monto del aporte público que ha de integrar el fondo permanente para el financiamiento de las campañas electorales. Alteró el artículo 205 permitiendo la contratación privada de espacios por parte de las agrupaciones políticas participantes sin necesidad de autorización previa del Tribunal Electoral. Cambió el artículo 233 eliminando la obligatoriedad por parte del Tribunal Electoral de realizar auditorías a los medios electrónicos de comunicación, facultar a dicho órgano para que por sí o mediante la contratación de un servicio de auditoría de medios de forma discrecional pueda disponer la misma solamente cuando, a su criterio, lo estime pertinente o se dude de la información proporcionada por un de-

terminado medio. Por último elevó la cantidad de aportes privados por hasta cinco veces lo que determine la Justicia Electoral como aportes de campaña.

En otra arista de críticas se puede decir que la ley confunde el uso del órgano electoral pertinente, llamando Tribunal Electoral o Juzgado Electoral de forma indistinta y vaga, a pesar que cada uno cuenta con una composición distinta y tienen funciones específicas. Otro punto en el mismo sentido es de revisar la técnica legislativa aplicada al Código, ya que es deficiente.

Una crítica al articulado original es a la última parte del inc. 4 del artículo 201 en cuanto al regular el financiamiento privado de las campañas electorales establece “de otra clase de actividades”. Expresión imprecisa, donde la norma no ha estipulado mayores restricciones en cuanto a las fuentes de financiamiento, llegando inclusive a contemplar otras fuentes que escapan a la enunciación.

Este Código también omitió en considerar una delicada y trascendente problemática jurídica de nuestros tiempos, tal el tratamiento constitucional y legal de los datos personales que son objeto de manipulación, almacenamiento, procesamiento y cesión en materia electoral y partidaria.

Puntos positivos a resaltar es la utilización del Salario Mínimo, Vital y Móvil como unidad de medida a la hora de establecer parámetros de cuantificación de multas o de otras variables, y más teniendo en cuenta la fluctuación del valor de la moneda, permitiendo de esta forma tener montos siempre acordes y de valores constantes al del espíritu de la ley.

Es importante destacar el avance normativo que se produjo con el dictado del Código Electoral, a pesar de los puntos oscuros ya mencionados, en intentar establecer límites a los aportes privados en las campañas electorales y la regulación del uso de los medios de comunicación en las mismas.

Seguramente falta mucho en avanzar en materia legislativa. Las marchas y contramarchas en cuanto a su vigencia y la única aplicación integral en el proceso electoral del 2015, hacen complicado poder vislumbrar y analizar futuros cambios para seguir perfeccionando la normativa electoral cordobesa.

REFERENCIAS

1. Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 3 de enero de 1995.
2. Constitución de la Provincia de Córdoba, Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Argentina, 14 de septiembre de 2001.
3. Decreto Provincial N° 2192/07, Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Argentina, 11 de febrero de 2008.
4. Duverger, M. (1954). *Political Parties*. Londres: Methuen.
5. Epstein, L. (1967). *Political Parties in Western Democracies*. Londres: Pall Mall.
6. Hernandez, A. y Barrera Buteler, G. (2011). *Derecho Público Provincial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
7. Ley provincial N° 9571 y sus modificatorias (9838, 9839, 10272, 10406, 10407, 10418, 10420), Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Argentina, 29 de diciembre de 2008.
8. Ley provincial N° 9571 y sus modificatorias (9838, 9839, 10272, 10406, 10407, 10418, 10420), Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Argentina, 29 de diciembre de 2008.
9. Ley provincial N° 9838, Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Argentina, 4 de octubre de 2010.
10. Ley provincial N° 10272, Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Argentina, 22 de abril de 2015.
11. Ley provincial N° 10406, Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Argentina, 5 de enero de 2017.
12. Ley provincial N° 10407, Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Argentina, 24 de enero de 2017.
13. Ley provincial N° 10418, Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Argentina, 27 de enero de 2017.
14. Ley provincial N° 10420, Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, Córdoba, Argentina, 30 de enero de 2017.
15. Montero, J. R. et al., (2007). *Partidos políticos: viejos conceptos y nuevos retos*. Madrid: Editorial Trotta.

16. Peruzzotti, E. y Smulovitz, C. (2002). *Controlando la política*. Buenos Aires: Temas Grupo Editorial.
17. Ware, A. (2004). *Partidos políticos y sistema de partidos*. Madrid: Istmo.

La gestión del desarrollo sostenible, análisis sobre la participación ciudadana en la planeación, una perspectiva desde la legislación vigente en el Estado de México

The management of sustainable development, analysis of citizen participation in planning, a perspective from the current legislation in the State of Mexico

YESIKA GUADALUPE GÓMEZ CARMONA*

EDUARDO ANDRÉS SANDOVAL FORERO*

Resumen

El presente artículo esboza la problemática en torno a la falta de inclusión, equidad y claridad en los mecanismos de participación ciudadana dentro de la principal política pública que lleva a cabo el Estado de México relacionada con la sostenibilidad, para su presentación se divide en tres partes, la primera muestra los antecedentes para conocer elementos en torno al problema y los estudios que se han hecho al respecto, la segunda esboza la incoherencia en los mecanismos de participación desde la perspectiva de la legislación vigente en la entidad federativa y su relación con la política de planeación y con los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS), y la tercera muestra las conclusiones.

Palabras clave

Desarrollo sostenible, Sostenibilidad, Planeación, Participación ciudadana.

Abstract

This article outlines the problems surrounding the lack of inclusion, equity and clarity in the mechanisms of citizen participation within the main public policy carried out by the State of Mexico related to sustainability, for its presentation has been divided into three parts, in the first the antecedents are outlined to know elements around the problem and the studies that have been done in this regard, in the second section the incoherence in the mechanisms of participation is outlined from the perspective of the current legislation in the entity federative and its relationship with the policy of planning and with the Sustainable Development Goals, the final part offers the conclusions.

Key words

Sustainable development, Sustainability, Planning, Citizen participation.



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

INTRODUCCIÓN

La importancia de generar conocimiento en torno a la sostenibilidad para el desarrollo desde una postura crítica permite establecer propuestas que contribuyen a la emancipación del conocimiento y por ende a la transformación de la realidad orientando la toma de decisiones gubernamental desde la contribución teórica.

Con lo anterior, se sientan las bases para mejorar las acciones de la administración pública en la gestión de la planeación del desarrollo por medio de la participación ciudadana, en aras de contribuir al logro de los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) de una forma integral mejorando la relación gobierno-sociedad.

A través del análisis, la explicación, comprensión y crítica desde el conocimiento, el presente artículo se realiza con un fin de utilidad práctica, pues mostrará una perspectiva de la realidad, en pro de contribuir desde la sociedad y las instituciones del Estado de México, al desarrollo sostenible y sustentable, en pos de definir compromisos y alternativas claras para superar la crisis ambiental y civilizatoria a consecuencia de la degradación ambiental.

Partiendo de una epistemología crítica, y mediante el análisis de dos teorías integrales; la de gestión pública y la de sostenibilidad, se analizan los postulados teóricos que desde la creación del conocimiento científico deben seguirse con respecto a las teorías sustantivas de la planeación estratégica y del desarrollo sostenible; para construir elementos conceptuales, que permitan ampliar la participación ciudadana en los procesos de planeación, que en este caso se han alineado a los ODS, para que a través del análisis y la construcción de conocimiento innovador se pongan en evidencia los aciertos y desaciertos en gestión del desarrollo sostenible.

En todo momento se buscará generar análisis, explicaciones e interpretaciones, que nos ayuden a comprender e identificar con rigor científico las limitaciones operativas que ha tenido la participación ciudadana en los procesos de planeación pública en el Estado de México, los cuales impactan en la gestión institucional de los ODS.

ANTECEDENTES

A mediados del siglo pasado, las políticas sociales y económicas internacionales fueron encaminadas a la búsqueda del desarrollo; como parte de esta tendencia, la planeación fue una herramienta administrativa fundamental para la organización de objetivos encaminados al crecimiento económico en aras de lograr la instrumentación de la política desarrollista.

El propósito era bastante ambicioso: crear las condiciones necesarias para reproducir en todo el mundo los rasgos característicos de las sociedades avanzadas de la época: altos niveles de industrialización y urbanización, tecnificación de la agricultura, rápido crecimiento de la

producción material y los niveles de vida, y adopción generalizada de la educación y los valores culturales modernos (Escobar, 2007, p. 20).

Los países *subdesarrollados* comenzaron a *operativizar* el desarrollo como el objetivo emergente a alcanzar, y paulatinamente los gobiernos empezaron a impulsar y promover cambios operacionales al interior de la administración pública para incrementar conforme a los sistemas de producción capitalista la competitividad y efectividad del sector público, extendiendo la política económica de desarrollo a todos los sectores gubernamentales y sociales a través de la planeación desarrollista.

En México, “a partir de 1983, el Sistema Nacional de Planeación Democrática (SNPD) opera con su institucionalización en el artículo 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)” (Gómez, 2017, p. 42), convirtiendo con ello a la planeación en la herramienta para la búsqueda del desarrollo propuesta por Truman en la década de los cincuenta, es decir, se consolidó un planeación institucional casi tres décadas después.

A partir de entonces, la planeación se replicó en el ámbito federal, estatal y municipal, y aún ahora a casi ochenta años después encontramos en estas últimas carencias institucionales y administrativas para la elaboración, ejecución y evaluación de los planes de desarrollo.

Adicionalmente, a partir de la presentación del informe *Nuestro Futuro Común* en 1987, por parte de la Comisión Brundtland, el concepto de desarrollo sostenible rompió con la idea de desarrollo, basada en el crecimiento económico como principal vía, surgiendo como contrapesos la preocupación por el deterioro ambiental y la búsqueda de sinergia social. Desde entonces un sinnúmero de posturas relacionadas con la sostenibilidad han emergido, llegando a posicionar el término en un debate inconcluso hasta ahora.

Derivado de las investigaciones y discusiones académicas, se puede decir que la sostenibilidad no ha logrado ser aceptada como una ciencia, sus conceptos ampliamente aceptados; como el de desarrollo sostenible, continua siendo objeto de discusión escudriñando, estudiando y poniendo bajo la lupa el término y las derivaciones que ha traído consigo en el ámbito académico, político e institucional, señalando que la sostenibilidad sólo es parte del discurso hegemónico que el interés económico ha posicionado por encima del cuidado ambiental y el bienestar social.

ACERCAMIENTO TEÓRICO-JURÍDICO A LA PLANEACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOSTENIBILIDAD

Entre los debates sobre el desarrollo (Ornelas, 2010) se han evidenciado las fallas del sistema económico mundial, señalando que el modelo de neoliberalismo económico ha ocasionado un ahondamiento de la brecha de desigualdad, aumento de la pobreza y una crisis ambiental a consecuencia de la economización del mundo y la naturaleza (Leff, 2013).

En contrasentido, a través de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) e instituciones de financiamiento internacional como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, se ha promovido una tendencia de la política mundial encaminada a posicionar al desarrollo sostenible como premisa primordial de progreso, comprometiendo a los países a suscribir acuerdos internacionales para contribuir

a éste. México no ha quedado fuera de dicha tendencia, por el contrario, la política de desarrollo ha ido apropiando paulatinamente a la sostenibilidad como elemento para la gestión pública, especialmente a través de su política de planeación.

Aunado a lo anterior y con relación a nuestro tema, encontramos que los estudios que han relacionado gestión y sostenibilidad o planeación pública y desarrollo sostenible en otros países, centran las problemáticas en torno a la planificación del ordenamiento territorial (Boville Luca de Tena y Sánchez González, 2007) y al desarrollo regional con relación a la calidad de vida (Castellano, 2005; Rocha, 2015), estableciendo propuestas para una transformación a través del sector público mediante el fortalecimiento de mecanismos de participación ciudadana, así como la priorización del flujo de información para la toma de decisiones en el gobierno y para la implementación de políticas públicas que permitan impulsar el desarrollo local desde las dimensiones social, económica y ambiental.

Sin embargo, los planteamientos de los trabajos de investigación todavía no cuestionan los procesos de participación ciudadana ni la capacidad del Estado o de sus instituciones en la gestión de los ODS.

En los libros y artículos científicos tampoco se presenta una postura que inquiete la política desarrollista relacionada con los ODS; en algunos países sudamericanos, como Venezuela y Chile, se han realizado estudios focalizados sobre planeación turística para el desarrollo sustentable (Isauro y Ramírez, n.d; Medina y Rsado, 2014).

Por lo que a México compete y con relación a la planeación estratégica para el desarrollo sustentable en los municipios (Garizurieta B., Garizurieta M. y Mavil, 2013), en los cuales se llega a la conclusión de que la planeación estratégica resulta un modelo idóneo de acciones estructuradas para consolidar la planeación participativa que contribuirá al desarrollo sustentable, destacando que los procesos de planeación estratégica se ven desdibujados y han pasado a segundo término, resultando más importante el manejo del presupuesto público con relación a la priorización del aspecto económico y financiero en la gestión pública (Castellano, 2005; Vázquez, 2010), observando además que se privilegia desde la investigación el respaldo al discurso desarrollista y la priorización del crecimiento económico por encima del cuidado del ambiente (Leff, 2013; Naredo, 1997; Nuñez, 2003; Riechmann, 1995; Sánchez y Chévez, 2016).

En cuanto a la revisión de artículos científicos y libros que relacionan a la planeación del desarrollo con la sostenibilidad de manera específica en el caso del Estado de México, se han hecho investigaciones sobre la evaluación de indicadores de sostenibilidad ambiental, en busca de ofrecer al gobierno algunas iniciativas de acción (Quiroga, 2001), y con relación a las políticas de desarrollo rural (Herrera, 2013), en estas investigaciones se realizan señalamientos en torno a la ineficiencia de la legislación ambiental, del ordenamiento ecológico del territorio y de la conservación de áreas naturales, y también sobre la importancia de la prevención y control de la contaminación.

En la revisión realizada, no se encontraron libros, artículos científicos, investigaciones, esquemas o modelos que orienten hacia la gestión institucional de los ODS con relación a los procesos de planeación, ni tampoco alguna articulación para configurar políticas integradoras mediante algún modelo o metodología que cuestione la previsión en materia jurídica, institucional y orgánica de la participación ciudadana en la gestión pública; elemento que resulta determinante para buscar la transformación de la planeación mexicana establecida en los años ochenta e

institucionalizada bajo el esquema de desarrollo económico, por medio de la apertura a la sociedad, confinando el estudio de la planeación a una etapa centralizada del proceso administrativo que a simple vista parece intrascendente en la toma de decisiones gubernamental como herramienta articuladora del interés social y de la preocupación de la sociedad por la degradación ambiental.

Al respecto, cabe señalar que la planeación en México ha sido la política pública implementada para encaminar las acciones del Estado a lograr los objetivos de desarrollo; sin embargo, como ha sido señalado, esta política no ha puesto atención en los mecanismos de participación ciudadana en su proceso de ejecución y evaluación.

En este orden de ideas, la participación de la ciudadanía se ha limitado a la etapa de diseño de la política, de forma enunciativa y bajo mecanismos administrativos conocidos como *Foros de Consulta* que no han sido objeto de legislación, volviendo a la participación de la ciudadanía una serie de eventos políticos discrecionales y excluyentes.

Al respecto, cabe señalar que la normatividad de la planeación del desarrollo para el Estado de México establece como mecanismo de participación ciudadana la realización de “foros de consulta”, mismos que se llevan a cabo únicamente en la etapa de diseño del Plan, excluyendo a la ciudadanía en las etapas de ejecución.

Para la integración del plan estatal de desarrollo y de los programas que de él se desprendan (sectoriales, especiales y regionales), la normatividad en la materia establece la organización de foros de consulta ciudadana para recopilar propuestas, necesidades y las opiniones que promuevan el desarrollo equilibrado de la entidad. Un ejemplo de estas acciones fue la organización y difusión de 16 Foros de Consulta Ciudadana para integrar los programas regionales (Secretaría de Finanzas, 2018).

Derivado de que los foros se realicen en la etapa de diseño como el único mecanismo que la normatividad establece para la participación ciudadana, las necesidades, intereses, proyectos e ideas que se pudieran aportar en la programación, presupuestación y evaluación, quedan en la inobservancia gubernamental, situación que puede derivar en el desinterés social en los asuntos públicos y por ende la baja participación en la primer etapa.

Con respecto a la preponderancia que se le otorga al manejo presupuestal con relación a la planeación, en el Estado de México se ha identificado que “gran parte del presupuesto se sigue destinando a gasto corriente y el resto se diluye en el proceso de ejecución de acciones que no representan grandes cambios” (Carrera y Martínez, 2016).

Bajo esta perspectiva, se evidencia la falta de organización y capacidad institucional en las actividades de planeación, así como una falta de coordinación con la ejecución presupuestal, situación que dificulta la eficiencia y eficacia de la administración pública y va contra la lógica del “gobierno más eficiente y menos costoso” (Gore, 1995), situación que también impacta en la percepción de la ciudadanía sobre el desarrollo del quehacer público respecto a la planeación.

La planeación resulta importante toda vez que es la herramienta a través de la cual las instituciones gubernamentales precisan los objetivos, estrategias y prioridades para el “desarrollo integral y sustentable del país” (DOF, 2018), en este sentido, el 16 de febrero de 2018 se aprobaron reformas a la Ley de Planeación, señalando

de manera transitoria la consideración de la Agenda 2030 y los 17 ODS presentados por la ONU en 2015, en los siguientes planes nacionales de desarrollo, dichas reformas entraron en vigor a partir del 1° de abril de 2018.

Adicionalmente, el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que “toda persona tiene derecho a gozar de un medio ambiente sano, además de que será el Estado el responsable de garantizar dicho derecho” (DOF, 2018), con relación a ello Ortega afirma que “se requieren diversas actuaciones por parte del Estado y la ciudadanía, entre ellas el acceso de esta última a la información y la participación” (2013, pp. 631-632).

Con relación a lo anterior, en los últimos años organismos internacionales y universidades han convocado a la investigación para saber cómo mitigar los efectos del cambio climático y avanzar hacia un modelo económico bajo en carbono, así como a la creación de escenarios de vida sostenible y la inversión en acuerdos institucionales con retorno en el mediano y largo plazo, surgiendo las siguientes interrogantes: ¿Qué están haciendo los Estados para la articulación de estas políticas con la sociedad?, ¿Están preparadas las instituciones gubernamentales para encaminar su gestión al logro de los ODS?, ¿Cuáles son las condiciones favorables y desfavorables para que los ODS transformen la realidad de la planeación gubernamental?

Con base en lo anterior, se hace énfasis en la importancia de la planeación en la gestión pública, “la planeación consiste en fijar el curso concreto de acción que ha de seguirse, estableciendo los principios que habrán de orientarlo, la secuencia de operaciones para realizarlo, y la determinación de tiempos y números necesarios para su realización” (Reyes, 2004, p. 244), porque además en la planeación se fijan los objetivos, los principios, valores y acciones específicas que una organización habrá de emprender para lograrlos en determinado tiempo, en el caso de los ODS, para el 2030.

De acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), “los ODS constituyen un compromiso audaz para finalizar lo que hemos iniciado y abordar los problemas más urgentes a los que hoy se enfrenta el mundo. Los 17 Objetivos están interrelacionados, *lo que significa que el éxito de uno afecta el de otros*” (PNUD, 2018).

De acuerdo con lo antes expuesto, la gestión institucional debería encaminar sus acciones a la creación de alternativas sostenibles no sólo en la dimensión económica, sino también en la dimensión ambiental y social, y es en esta última donde se ubica la problemática identificada para la realización del presente artículo.

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO ELEMENTO *SINE QUO NON* PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN EL ESTADO DE MÉXICO

El PNUD en 1990 estableció un parteaguas con la publicación del Primer Informe de Desarrollo Humano. En este texto se retomaron por primera vez las ideas de importantes economistas, entre ellos Amartya Sen, dicho informe buscaba ofrecer una perspectiva distinta, la del *desarrollo humano*, para establecer la orientación institucional sobre las prioridades que los países debían considerar para lograr mejores condiciones de vida. A partir de entonces “el crecimiento económico no es un fin sino un medio para mejorar la vida de las personas, y los beneficios de este crecimiento deben reflejarse en la vida de la gente y su felicidad” (Jaham, 2015).

Para el año 2000, con el ánimo de consolidar una agenda internacional de acción, “se celebró, en Nueva York, la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas. En dicho evento, los líderes de 189 naciones se comprometieron con el contenido de la Declaración del Milenio: compuesta por los ocho Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)” (ONU- México, 2018).

De acuerdo con la ONU, los ODM buscaron atender las necesidades más apremiantes de las sociedades y los derechos fundamentales de los seres humanos, definiendo metas e indicadores con el propósito de medir el grado de avance y cumplimiento de los 8 objetivos establecidos, para así dar seguimiento a las mejoras en la calidad de vida, con una perspectiva de desarrollo sostenible en sus tres dimensiones: social, económica y ambiental.

Para septiembre de 2015, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó los ODS, mismos que no sustituyen a los ODM, sino que, por el contrario, con base en el resultado de sus indicadores, se ampliaron a 17 vertientes de incidencia económica, social y ambiental (ONU- México, 2018).

De estos 17 ODS, nos centraremos en el Objetivo 16: “Paz, justicia e instituciones sólidas” que establece “el fortalecimiento del Estado de derecho y la promoción de los derechos humanos es fundamental en este proceso, así como la reducción del flujo de armas ilícitas y la consolidación de la participación de los países en desarrollo en las instituciones de gobernabilidad mundial” (PNUD, 2018).

Como meta del objetivo 16, se busca “promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas” (ONUa, 2018).

Este objetivo constituye diez metas específicas, de las cuales llama la atención la siguiente: “16.7 Garantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades” (ONUa, 2018), porque en la actualidad se concibe al desarrollo sostenible como un proceso para crear una vida mejor a través de la expansión de un conjunto de condiciones en las que se vinculan variables ambientales, económicas, sociales, culturales y políticas; para lo cual el sector público impulsa planes, programas y políticas públicas a fin de lograr estas condiciones.

En nuestro país, la planeación del desarrollo es la política pública que se ha diseñado y se ejecuta con el fin de mejorar las condiciones de vida de la población a través de objetivos, metas, líneas de acción e indicadores que se plasman en planes de desarrollo. Además, en el discurso de la política de planeación, como en la de los ODS se señala la importancia de la participación social.

Al respecto, el Gobierno del Estado de México, para el periodo administrativo 2017-2018, conformó y publicó un plan de desarrollo en el que sus objetivos, metas, líneas de acción e indicadores se encuentran alineados a los ODS; adoptando estos objetivos como guía de esta política pública.

Mediante el estudio del Plan de Desarrollo del Estado de México, se ha observado que en éste se vincularon las estrategias estatales a las metas de los ODS, proponiendo además líneas de acción específicas por cada una de estas estrategias en el ámbito estatal; es así que se ha encontrado por medio de la lectura minuciosa que ninguna de las líneas de acción del plan estatal se encamina a promover, ampliar o generar nuevos mecanismos de participación ciudadana para contribuir de manera directa e indirecta al objetivo 16.7 (véase anexos 1 y 2), asimismo, tampoco se establece un seguimiento al propio Plan relacionado con algún mecanismo de participación ciudadana.

En este orden de ideas, cabe señalar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha sido objeto desde el 2006 de cuatro reformas constitucionales relacionadas al artículo 26, la primera el 7 de abril de 2006, la segunda el 5 de junio de 2013, la tercera el 10 de febrero de 2014 y la última el 27 de enero de 2016. El artículo 26 se divide ahora en tres apartados; el A que establece el funcionamiento del Sistema Nacional de Planeación Democrática, mientras que el B corresponde al Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica y el C da origen al Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. De acuerdo con el apartado A, la Carta Magna señala:

Los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación. La planeación será democrática y deliberativa. Mediante los mecanismos de participación que establezca la ley, recogerá las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan y los programas de desarrollo. Habrá un plan nacional de desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la Administración Pública Federal (DOF, 2018).

Según lo anterior, la Ley de Planeación (2018) no establece mecanismos de participación social a seguirse por las Entidades Federativas; mientras que a nivel Federal faculta al ejecutivo para establecer los mecanismos de participación para la integración del Plan Nacional de Desarrollo a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

En lo que respecta a la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, se establece en el artículo 77, fracción VI, que la planeación es una facultad del gobernador y señala en el artículo 15 lo siguiente:

Artículo 15.- Las organizaciones civiles podrán participar en la realización de actividades sociales, cívicas, económicas y culturales relacionadas con el desarrollo armónico y ordenado de las distintas comunidades. Asimismo, podrán coadyuvar en la identificación y precisión de las demandas y aspiraciones de la sociedad para dar contenido al Plan de Desarrollo del Estado, a los planes municipales y a los programas respectivos, propiciando y facilitando la participación de los habitantes en la realización de las obras y servicios públicos. La ley determinará las formas de participación de estas organizaciones, y la designación de contralores sociales para vigilar el cumplimiento de las actividades señaladas en el párrafo anterior.

El artículo 139, fracción I, párrafo tercero del citado ordenamiento establece lo siguiente: “Los ciudadanos del Estado, individualmente o a través de agrupaciones legalmente constituidas podrán participar en el proceso de planeación democrática en los términos establecidos por las leyes para la formulación de planes y programas estatales, municipales, regionales y metropolitanos para la integración social de sus habitantes y el desarrollo de las comunidades” (GEM, 2018).

De acuerdo con lo señalado, la ley en la materia para el caso de la entidad mexiquense es la Ley de Planeación del Estado de México y Municipios, misma que inicia su exposición de motivos señalando que “la planeación para el desarrollo es un mandato constitucional que se asume como una política de Estado, en la cual,

se fortalece la democracia con la participación ciudadana y la unidad estatal en un marco de estado de derecho” (GEMa, 2016, p. 1), adicionalmente señala:

Artículo 6.- La planeación democrática para el desarrollo, como proceso permanente, debe ser el medio para lograr el progreso económico y social del Estado de México y municipios, dirigido principalmente a la atención de las necesidades básicas que se traduzcan en el mejoramiento de la calidad de vida de la población, mediante la participación de los diferentes órdenes de gobierno, habitantes, grupos y organizaciones sociales y privados (GEMa, 2016, p. 9).

Asimismo, esta Ley señala:

Artículo 39.- El Gobierno del Estado de México y los ayuntamientos, en el ámbito de su competencia, impulsarán los mecanismos, medios e instrumentos necesarios para consolidar el régimen republicano, representativo, democrático y federal, mediante la coordinación y participación de la sociedad en la planeación democrática para el desarrollo con base en los principios que rigen en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México.

A su vez, el artículo 49 y 50 del mismo ordenamiento establecen que el ejecutivo estatal, a través del Comité de Planeación para el Desarrollo del Estado de México, promoverá “la participación de los habitantes y de los grupos, y organizaciones sociales y privados a través de la incorporación de sus aspiraciones y demandas para en su caso incorporarlas a la estrategia del desarrollo” (GEMa, 2016, p. 20).

Finalmente, el Reglamento de la Ley referida en el párrafo anterior, establece que el Sistema Estatal de Planeación Democrática es “el mecanismo permanente de planeación participativa, precisando que el Comité de Planeación para el Desarrollo del Estado de México es la instancia de participación, colaboración y coordinación entre gobierno y sociedad” (GEMb, 2018); y por ende este organismo es el encargado de llevar a la práctica los mecanismos de participación establecidos en este Reglamento.

Según lo antes expuesto, es conveniente señalar que hay un total de “19 entidades federativas de nuestro país que cuentan con leyes de participación ciudadana” (Olvera y Cilano, 2009), y cabe especificar que el Estado de México no es una de esas 19 entidades, pese a que han existido iniciativas con relación a ello, de acuerdo con Alarcón Olguín, la importancia de fortalecer la participación ciudadana influye directamente en el ejercicio democrático y la gobernanza de un país, afirmando que:

La importancia de los procesos de empoderamiento y formación ciudadana no sólo sirven para definir lazos más fuertes y solidarios en materia de la cohesión social y la convivencia comunitaria entre las personas, también son un factor central para propiciar una mayor supervisión en el desempeño de quienes ejercen los espacios de representación y gestión dentro de los partidos políticos y el gobierno, respectivamente (2010, p. 26).

En virtud de lo anterior, es importante señalar que los procesos de la administración pública en los que se promueve la participación de la ciudadanía aún tienen camino por recorrer, sobre todo cuando no existen mecanismos claros de acceso para guardar congruencia con los principios de inclusión, igualdad y equidad que se promueven a través de los propios ODS.

El Plan de Desarrollo del Estado de México 2017-2023, con relación a esto señala:

La integración del PDEM 2017-2023 contó con una participación activa de la sociedad mexiquense, que con sus opiniones y aportes ha provisto de una visión integral e incluyente en ámbitos fundamentales del desarrollo.

Para ello, se llevó a cabo un ejercicio democrático a partir de cinco foros estatales de consulta ciudadana denominados “Diálogo Social”, realizados entre el 27 de noviembre y el 6 de diciembre de 2017 en los municipios de Ixtlahuaca, Toluca, Tlalnepantla, Ecatepec e Ixtapan de la Sal (GEM, 2018, p. 29).

Con respecto a la indefinición que se esboza, se ha observado además que la participación de la ciudadanía según datos tomados del propio Plan de Desarrollo Estatal se dio a través de dos modalidades; mediante propuestas ciudadanas a través de una plataforma digital y por medio de la asistencia a los foros, de la siguiente manera:

Tabla 1. Participación ciudadana de acuerdo con el Plan de Desarrollo del Estado de México 2017-2023

Propuestas ciudadanas a través de la Plataforma Digital		Asistentes a los Foros Ciudadanos
Dimensión Social Ixtlahuaca, 27 de noviembre de 2017	258	1,300
Dimensión Económica Toluca, 29 de noviembre de 2017	263	850
Dimensión Territorial Tlalnepantla, 1 de diciembre de 2017	127	1,200
Dimensión de Seguridad Ecatepec, 5 de diciembre de 2017	259	1,000
Eje Transversal Ixtapan de la Sal, 6 de diciembre de 2017	114	750
Totales	1,021	5,100

Fuente: Tomado del Plan de Desarrollo del Estado de México 2017-2023 (GEM, 2018, pág. 30).

Según los datos del último conteo de población, en 2015 la población del Estado de México era de 16.19 millones de habitantes (INEGI, 2015); con relación a esta cifra de hace tres años, e infiriendo que el total de participantes fueran mexiquenses, sólo el 0.037% de la población participó por medio de la plataforma digital y a través de los foros de consulta ciudadana en la elaboración del Plan de Desarrollo del Estado de México 2017-2023, el cual se encuentra *alineado* a los ODS.

CONCLUSIONES

Derivado de lo antes expuesto, se puede señalar que la gestión institucional de los ODS a través de la planeación para el desarrollo en el Estado de México no ha fortalecido la diversidad de mecanismos de participación ciudadana, lo cual es contradictorio e incongruente con los principios de los ODS, además de que no se puede identificar con la información existente los mecanismos de inclusión y equidad en las propuestas de la ciudadanía y cómo éstas influyeron en las acciones establecidas en el Plan.

Ante esta situación, se requiere identificar y determinar las situaciones que originan la falta de participación en la política pública de planeación en el Estado de México; así como la comprensión y explicación de las mismas para establecer mecanismos concretos para el fortalecimiento de la participación ciudadana a través del proceso de planeación y con ello mejorar la gestión institucional de los ODS.

Ante esta situación, deberán analizarse en el futuro y de manera particular, los mecanismos de la participación ciudadana en la planeación en el Estado de México, pues se han observado incoherencias en el proceso de planeación, a fin de determinar qué influencia e impacto tiene la participación ciudadana en la gestión del desarrollo sostenible y si ésta es importante o no para contribuir a los ODS.

REFERENCIAS

1. Alanís Ortega, G. A. (2013). *Derecho a un medio ambiente sano*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3567/28.pdf>
2. Alarcón Olguín, V. (2010). Democracia y participación ciudadana en México ¿por qué es importante fortalecer dicha relación? *Pluralismo y consenso*, (3), pp. 26-29.
3. Carrera Hernández, A. P. y Martínez Tiburcio, M. G. (2016). *Evaluación de la capacidad institucional de los municipios del Estado de México para la gestión financiera de 2009 a 2011*. Toluca: IHAEM.
4. Castellano B., H. (2005). *La planificación del desarrollo sostenible: contenidos, entorno y método*. Caracas-Venezuela: Universidad Central de Venezuela.
5. Diario Oficial de la Federación (2018). Ley de Planeación. Ciudad de México.
6. DOF (2018). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (C. d. Diputados, Ed.) Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf
7. Escobar, A. (2007). *La invención del tercer mundo. Construcción y deconstrucción del desarrollo* (Fundación). Venezuela.

8. Garizurieta Bernabe, J., Garizurieta Meza, M. H. y Mavil Aguilera, J. M. (2013). Planeación estratégica para el desarrollo sustentable en los municipios Área de investigación: Teoría de la Organización. México: UNAM. Recuperado de <http://congreso.investiga.fca.unam.mx/docs/xviii/docs/16.11.pdf>
9. GEM (2018). Gaceta del Gobierno del Estado de México. *Ley de Planeación del Estado de México y Municipios*. Toluca, México.
10. GEM (2018). Plan de Desarrollo del Estado de México 2017-2023. Toluca, México.
11. GEMa (2016). Ley de Planeación del Estado de México y Municipios. Toluca: Gaceta del Gobierno del Estado de México.
12. GEMb (2018). Gaceta del Gobierno del Estado de México. *Reglamento de la Ley de Planeación del Estado de México y Municipios*. Toluca, México.
13. Gómez C., Y. G. (junio de 2017). *La planeación municipal en el Estado de México. Un análisis de su organización y normatividad*. México: UAEM.
14. Gore, A. (1995). *Un gobierno más eficiente y menos costoso. Informe de la National Performance Review*. México: EDAMEX.
15. Herrera Tapia, F. (2013). Enfoques y políticas de desarrollo rural en México: Una revisión de su construcción institucional. *Gestión y Política pública*, 2(1), pp. 119-133. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-10792013000100004&script=sci_arttext&tlng=pt
16. INEGI (2015). Número de habitantes por Entidad Federativa. Estado de México. Recuperado de <http://cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/mex/poblacion/>
17. Isauro, J. y Ramírez, R. (n.d.). Planeación estratégica para el desarrollo sustentable en el sector turismo. Recuperado de <http://www.eumed.net/jirrr/pdf/0435.pdf>
18. Jaham, S. (08 de 03 de 2015). UNDP. Recuperado de http://hdr.undp.org/en/media/Jahan_HDI.pdf
19. Leff, E. (2013). La geopolítica de la biodiversidad y el desarrollo sustentable. *Economización del mundo, racionalidad ambiental y reapropiación social de la naturaleza. Cuides* (10), pp. 183-209.
20. Luca de Tena, B. B. y Sánchez González, D. (2007). Planificación territorial y desarrollo sostenible en México. *Perspectiva Comparada*, pp. 1-465.
21. Medina Argueta, G. del S. y Rosado Varela, À. A. (2014). La planificación turística sustentable desde un enfoque sistémico. *Gestión Turística* (21), pp. 09-32.

22. Naredo, J. M. (1997). Sobre el origen, el uso y el contenido del término sostenible. Recuperado de <http://www.rcci.net/globalizacion/2004/fg412.htm>
23. Nuñez, G., y United Nations. Economic Commission for Latin America and the Caribbean. Sustainable Development and Human Settlements Division (2003). La responsabilidad social corporativa en un marco de desarrollo sostenible. Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos.
24. Olvera, A. J. y Cilano, J. (2009). Las leyes de participación ciudadana en México: proyectos políticos, estrategias legislativas y retos estratégicos en la democratización futura. Recuperado de http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/946/5/images/OlveraEntregable3_le-yes_de_participacion_ciudadana.pdf
25. ONU-México (30 de mayo de 2018). *Los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Recuperado de <http://www.onu.org.mx/agenda-2030/objetivos-del-desarrollo-sostenible/>
26. ONUa (31 de mayo de 2018). *Objetivos del Desarrollo Sostenible*. Recuperado de http://www.onu.org.mx/wp-content/uploads/2017/07/180131_ODS-metas-digital.pdf
27. Ornelas Delgado, J. (2010). Hacia una teoría latinoamericana del desarrollo. En L. Aceves, J. Estay, P. Noguera, E. Sánchez y U. d. Murcia (eds.). *Realidades y debates sobre el desarrollo* (pp.23-46). Murcia, España: EDIT. UM.
28. PNUD (8 de mayo de 2018). *Objetivos del Desarrollo Sostenible*. México: Antecedentes.
29. Quiroga Martinez, R. & United Nations. Economic Commission for Latin America and the Caribbean. Environment and Human Settlements Division (2001). Indicadores de sostenibilidad ambiental y de desarrollo sostenible: estado del arte y perspectivas. CEPAL, División de Medio Ambiente y Asentamientos Humanos. Recuperado de <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/5570>
30. Reyes Ponce, A. (2004). *Administración Moderna*. México: Limusa-Grupo Noriega Editores.
31. Riechmann, J. (1995). Desarrollo sostenible: La lucha por la interpretación. En *De la economía a la ecología*, (pp. 1-20). España: Trotta. Recuperado de https://www.sistemamid.com/panel/uploads/biblioteca/2014-09-30_10-56-06111186.pdf
32. Rocha Sánchez, M. A. (2015). Políticas de desarrollo regional y municipal sustentable: estudio de caso de la región oriental metropolitana de la Ciu-

dad de México. *Revista Mexicana de Ciencias Agrícolas*, 2(13), pp. 213-221.
Recuperado de <http://www.redalyc.org/html/2631/263141553026/>

33. Sánchez, K. y Chévez, J. (2016). *Planificación para el desarrollo sostenible*. Lima, Perú. Recuperado de http://udep.edu.pe/hoy/files/2014/02/stakeholders50_low.pdf
34. Secretaría de Finanzas (6 de junio de 2018). Foros de consulta ciudadana. Toluca, Estado de México. Recuperado de http://copladem.edomex.gob.mx/foros_consulta_ciudadana
35. Vázquez Colmenares, P. (2010). La planeación, el presupuesto y las políticas públicas. En J. L. Méndez (coord.). *Los grandes problemas de México* (Vol. XXI, pp. 105-142). México: El Colegio de México.

ANEXOS

Anexo 1

Vinculación de estrategias y líneas de acción del Plan de Desarrollo del Estado de México con la Agenda 2030, contribución directa de estrategias y líneas de acción a la meta 16.7 de los ODS	
Estrategia	Líneas de acción
4.1.3. ESTRATEGIA: Fortalecer el uso de las Tecnologías de Información y Comunicación para la Seguridad.	• Fomentar la construcción e implementación del Sistema de Información Oportuna en Seguridad. • Digitalizar la cartografía de unidades territoriales y sectores policiales para el análisis espacial del delito. • Fortalecer el esquema automatizado del control de tránsito. • Crear el Sistema Único de Registro de Servidores Públicos Policiacos con elementos biométricos de vanguardia. • Incrementar el número de Centros de Control, Comando, Comunicación, Cómputo y Calidad (C5). • Ampliar el número de cámaras de video vigilancia instaladas en la entidad, priorizando las zonas de mayor incidencia delictiva. • Mejorar la capacidad del Sistema de Llamadas de Emergencia y Denuncias Ciudadanas. • Enriquecer la calidad de los procesos en el Sistema de Información Estatal. • Consolidar la red de radiocomunicación en función de los avances tecnológicos y de normatividad vigentes. • Equipar a las corporaciones policiales con tecnología e insumos de investigación, vigilancia y control.
4.1.4. ESTRATEGIA: Impulsar la coordinación para el diseño, implementación y evaluación de los programas de seguridad pública.	• Fortalecer los esquemas de intercambio de información delictiva entre los tres órdenes de gobierno. • Coordinar estrategias operativas efectivas para la prevención e investigación del delito, con autoridades de los tres órdenes de gobierno. • Establecer mecanismos de evaluación permanente de la productividad policial. • Instaurar mecanismos de cooperación técnica con instituciones federales y municipales en materia de seguridad. • Elaborar diagnósticos georreferenciados de los delitos para la identificación de los municipios prioritarios de atención. • Realizar en conjunto con los municipios un diagnóstico de las policías locales e impulsar un sistema mixto de operación y coordinación con la policía estatal e incluso federal.
4.8.1. ESTRATEGIA: Fortalecer los programas de capacitación a servidores públicos.	• Impulsar desde la Secretaría de Justicia y Derechos Humanos la capacitación del personal de todas las dependencias del Gobierno del Estado de México, en especial las de seguridad y justicia, que tengan trato con la ciudadanía, en materia de Derechos Humanos. • Diseñar programas que difundan acciones sobre la importancia de los Derechos Humanos a los servidores públicos.

5.9.2. ESTRATEGIA: Incrementar la coordinación y apoyo para el desarrollo de las capacidades institucionales de los municipios.	• Impulsar la capacitación y la certificación hacendaria de los servidores públicos estatales y municipales. • Homologar información sobre la hacienda pública municipal. • Fortalecer el Sistema Estatal de Coordinación Hacendaria como mecanismo para articular y potenciar acciones y recursos intergubernamentales que impulsen el desarrollo regional. • Apoyar la aplicación del marco jurídico para impulsar la autonomía financiera y el desarrollo de las capacidades institucionales y de gestión de los municipios.
---	---

Anexo 2

Vinculación de estrategias y líneas de acción del Plan de Desarrollo del Estado de México con la Agenda 2030, contribución directa de estrategias y líneas de acción a la meta 16.7 de los ODS	
Estrategia	Líneas de acción
5.5.7. ESTRATEGIA: Fomentar la cultura de la denuncia, a través del desarrollo de medios electrónicos y móviles.	• Proporcionar un medio de fácil acceso para que la ciudadanía pueda presentar sus denuncias y darles seguimiento. • Generar confianza y credibilidad en la atención de denuncias, mediante mecanismos que garanticen una respuesta objetiva y apegada a derecho.
5.6.1. ESTRATEGIA: Fortalecer el Sistema Anticorrupción del Estado de México y Municipios.	• Promover ante el Congreso del Estado que se presupuesten los recursos necesarios para el funcionamiento del Sistema Anticorrupción del Estado de México y Municipios. • Contar con servidores públicos especializados en el Sistema Anticorrupción del Estado de México y Municipios. • Impulsar ante el Congreso y en el ámbito de su competencia los nombramientos correspondientes del Sistema Anticorrupción, en caso de ser necesario. • Establecer los mecanismos generales de prevención, en los términos señalados en materia de responsabilidades administrativas. • Instruir que los servidores públicos cumplan con las declaraciones patrimoniales, de intereses y la constancia de la presentación de la declaración fiscal como parte de los instrumentos de rendición de cuentas. • Fortalecer el funcionamiento de las contralorías municipales a través de la coordinación institucional y capacitación de su personal. • Dar seguimiento y asesoría para la instalación de los Sistemas Municipales Anticorrupción. • Impulsar capacitación a los servidores públicos involucrados con las materias de fiscalización y control de recursos públicos de prevención, control y disuasión de faltas administrativas; así como hechos de corrupción.

5.6.2. ESTRATEGIA: Articular la Política Anticorrupción del Estado de México y Municipios.	• Aprobar y promover políticas integrales en materia de fiscalización y control de recursos públicos, rendición de cuentas y disuasión de faltas administrativas y hechos de corrupción. • Implementar mecanismos de coordinación interinstitucional en materia de fiscalización y control de recursos públicos, de prevención, control y disuasión de faltas administrativas y hechos de corrupción, identificando las causas que los generan. • Contar con información veraz, verificable y oportuna de las instituciones públicas que integran el Sistema Anticorrupción del Estado de México y Municipios. • Establecer estándares de información con las instituciones públicas que integran el Sistema Anticorrupción del Estado de México y Municipios, a través de la metodología correspondiente. • Impulsar, a través de las investigaciones en materia de fiscalización y control de recursos públicos, de prevención, control y disuasión de faltas administrativas y hechos de corrupción, en especial sobre las causas que los generan, políticas públicas. • Emitir recomendaciones públicas no vinculantes a los entes públicos respectivos para garantizar la adopción de medidas para prevenir faltas administrativas y hechos de corrupción. • Instaurar mecanismos de coordinación con el Sistema Nacional Anticorrupción e instituciones relacionadas con la educación, cultura cívica y defensoras de derechos humanos, para fomentar y fortalecer la prevención de hechos de corrupción y faltas administrativas.
5.6.3. ESTRATEGIA: Implementar la Plataforma Digital Estatal que permita dar seguimiento y evaluar el desempeño del Sistema Anticorrupción del Estado de México y Municipios.	• Implementar una Plataforma Digital Estatal, alineada con la Plataforma Nacional, que integre y conecte los diversos sistemas electrónicos que posean datos e información necesaria para el trabajo del Comité Coordinador y permita cumplir con los procedimientos, obligaciones, disposiciones a cargo de los integrantes del Sistema Anticorrupción del Estado de México y Municipios. • Integrar y conectar el Sistema de Evolución Patrimonial de declaración de intereses y constancia de presentación de la declaración fiscal, como parte de la Plataforma Digital Estatal. • Instituir el Sistema de los Servidores Públicos que intervengan en procedimientos de contrataciones públicas, como parte de la Plataforma Digital Estatal. • Promover que el Sistema de Servidores Públicos y Particulares Sancionados, sea parte de la Plataforma Digital Estatal. • Vincular el Sistema de Información y Comunicación y el Sistema de Denuncias Públicas de Faltas Administrativas y Hechos de Corrupción, el Sistema Estatal Anticorrupción y el Sistema Estatal de Fiscalización, como parte de la Plataforma Digital Estatal. • Instaurar que el Sistema de Información Pública de Contrataciones, como parte de la Plataforma Digital Estatal. • Unificar los sistemas de Información complementarios de la Plataforma Digital Estatal. • Aprobar y operar la metodología de los indicadores para la evaluación en materia de fiscalización, control de recursos públicos, transparencia y rendición de cuentas. • Dar seguimiento a las denuncias sobre faltas administrativas y hechos de corrupción.

5.6.4. ESTRATEGIA: Garantizar la tolerancia cero contra los actos de corrupción y contrarios a la legalidad, en el marco del Sistema Anticorrupción del Estado de México y Municipios.	• Fortalecer a las autoridades investigadoras, substanciadoras y resolutorias, con énfasis particular en los Órganos Internos de Control en las dependencias y organismos auxiliares. • Implementar en el ámbito de su competencia, los mecanismos para consolidar el Sistema Anticorrupción del Estado de México y Municipios. • Crear, conforme lo dispone el Sistema Anticorrupción del Estado de México y Municipios, a las unidades especializadas que integrarán los Órganos Internos de Control. • Compartir experiencias y criterios con entes fiscalizadores externos para generar mejores prácticas de combate a la corrupción. • Adecuar las estructuras administrativas conforme a los requerimientos del Sistema Anticorrupción del Estado de México y Municipios. • Coordinar acciones con los municipios a fin de implementar las estructuras administrativas para dar atención al Sistema Anticorrupción del Estado de México y Municipios. • Difundir y sensibilizar a los servidores públicos estatales y municipales en materia del Sistema Anticorrupción del Estado de México y Municipios. • Determinar los mecanismos para asegurar la legalidad y certeza de los procedimientos implementados, a fin de que alcancen sus fines y consecuencias legales. • Establecer estrategias para la investigación, substanciación y resolución de faltas administrativas graves.
5.7.1. ESTRATEGIA: Atender la demanda y el conflicto sociopolítico en el contexto institucional.	• Afianzar mesas de diálogo para la atención de la demanda social y de grupos políticos con los sectores del poder ejecutivo. • Establecer espacios de colaboración para la resolución de conflictos. • Fortalecer la atención de la demanda sociopolítica en su lugar de origen.
5.7.2. ESTRATEGIA: Promover la coordinación interinstitucional para la atención de demandas sociopolíticas vinculándolas con los tres órdenes de Gobierno.	• Crear espacios de interlocución con los Poderes del Estado, las organizaciones sociales, políticas, civiles, religiosas y la ciudadanía en general para la atención de sus demandas. • Elaborar diagnósticos de análisis de riesgos para garantizar la gobernabilidad. • Mantener una relación efectiva y de colaboración con las instancias de los tres poderes de gobierno.
5.7.3. ESTRATEGIA: Promover esquemas de comunicación y participación entre la sociedad, organizaciones de la sociedad civil (OSC) y el Gobierno.	• Implementar instrumentos jurídicos de enlace y participación con instituciones gubernamentales estatales, nacionales e internacionales, que apoyen la labor de las OSC. • Consolidar espacios de participación de las OSC y líderes sociales en la definición, instrumentación y evaluación de las principales políticas del gobierno.

5.8.4. ESTRATEGIA: Fomentar mejores condiciones laborales de las y los servidores públicos.	• Mejorar las condiciones laborales de los servidores públicos. • Implementar Programas de Formación y Desarrollo. • Capacitar con un enfoque de desarrollo humano, social y sostenible al servicio público. • Fomentar un Servicio Profesional de Carrera.
5.9.1. ESTRATEGIA: Desarrollar mecanismos para lograr una coordinación y alineación estratégica en los distintos órdenes de gobierno.	• Coordinar los proyectos estratégicos de los gabinetes legales y especializados. • Fomentar mecanismos de seguimiento y control de proyectos integrales. • Desarrollar canales directos de comunicación entre los distintos órdenes de gobierno. • Apoyar la alineación de dependencias con áreas estratégicas.
5.9.4. ESTRATEGIA: Impulsar la profesionalización de los servidores públicos.	• Instrumentar programas de capacitación y profesionalización para servidores públicos municipales. • Promover en los municipios del Estado de México la certificación de competencia laboral de los servidores públicos.

Una mirada a los gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia y sus Políticas de justicia transicional en Chile

A look at the governments of the Concertation of Parties for Democracy and their Policies of transitional justice in Chile

MÓNICA NATALIA MARTÍNEZ-MEJÍA*

FÁTIMA ESTHER MARTÍNEZ-MEJÍA*

Resumen

El objetivo es analizar los efectos de los pactos realizados para la transición a la democracia en Chile (1990) en relación con la justicia transicional. Se sostiene que los consensos entre las fuerzas políticas se convirtieron en límites al momento de ejercer justicia a favor de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, así como familiares y sobrevivientes de la fatídica dictadura. En este caso, se estudia la labor de los presidentes de la Concertación de Partidos por la Democracia (1990-2010), la cual se jugó por un lado, entre el deseo y la voluntad de proporcionar justicia y, por el otro, ir atenuando el riesgo de la inestabilidad institucional.



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

Palabras clave

Transición a la democracia, Justicia transicional, Violaciones a los derechos humanos, Concertación de Partidos por la Democracia, Chile.

Abstract

The objective is to analyze the effects of the pacts made for the transition to democracy in Chile (1990) in relation to transitional justice. It is maintained that the consensus between the political forces became limits when it comes to exercising justice in favor of the victims of human rights violations, as well as relatives and survivors of the fateful dictatorship. In this case, we study the work of the presidents of the Concertation of Parties for Democracy (1990-2010), which was played on the one hand, between the desire and the will to provide justice and, on the other, to reduce the risk of institutional instability.

Key words

Transition to democracy, Transitional justice, Human rights violations, Coalition of Parties for Democracy, Chile.

INTRODUCCIÓN

En comparación al resto de América Latina, la transición a la democracia en Chile fue un proceso político con importantes particularidades. El cambio de régimen de la dictadura cívico-militar (1973-1990) a la democracia actual fue realizado con base en las disposiciones jurídico-políticas diseñadas por los colaboradores de Augusto Pinochet. Cuando los civiles recuperaron el gobierno se sometieron a la “democracia protegida” (Hunneus, 2000; Garretón, 1989) con el fin de sostener y fortalecer la victoria de la democracia y el estado de derecho.¹ Es por esto que, para gobernar frente a la compleja red de amarres institucionales heredados, avanzar en el proyecto económico y otorgar justicia a las víctimas de violaciones a los derechos humanos, así como familiares y sobrevivientes, los consensos entre las fuerzas políticas fueron fundamentales.

Los acuerdos se efectuaron por parte de “los partidos políticos, el gobierno y la oposición, así como sectores políticos y grupos sociales poderosos” (Sehnbruch y Siavelis, 2014, p. 20). Como regla básica se estableció que se mantendría la estabilidad y gobernabilidad si se aceptaba la institucionalidad creada en la dictadura y el modelo de desarrollo económico neoliberal. Durante el proceso se generaron nuevas normas y comportamientos políticos que conllevaron a la formación de un gobierno de consensos, que no representó una ruptura con el pasado dictatorial. Los pactos proporcionaron cuotas de poder a los sucesores del régimen anterior porque la dictadura no se desintegró en su totalidad y tuvo la capacidad de fijar las condiciones de las negociaciones con el nuevo gobierno, que incluyeron no solo las reglas de la transición, sino su duración por un periodo prolongado.

Cuando se retornó a la democracia, el liderazgo político lo dirigió la Concertación de Partidos por la Democracia.² En los gobiernos de Patricio Aylwin (1990-1994), Eduardo Frei Ruiz-Tagle (1994-2000), Ricardo Lagos (2000-2006) y el primer periodo de Michelle Bachelet (2006-2010) se gestionaron las resistencias políticas e institucionales para otorgar e ir ganando los espacios para ampliar los límites de lo posible. El desafío fue grande, los mandatarios eligieron “no vencer, sino convencer”, tanto a los continuadores del régimen autoritario instalados en el

1 La “democracia protegida” se hizo valer a través de los enclaves autoritarios instaurados en la Constitución de 1980 y demás reglamentaciones secundarias. Estos elementos aminoraron y debilitaron el sistema institucional (Atria, 2013, p. 45), pues señalaban cómo se podía actuar y qué cambios se podían hacer dentro del sistema político. Entre ellos estaba la presencia de los senadores designados, la sobre-representación y poder de veto de la derecha, el sistema electoral binominal, las atribuciones del Consejo de Seguridad Nacional y del Tribunal Constitucional, la inamovilidad de los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y de Orden, etc. Si bien, durante la década del noventa hubo variaciones para corregir el déficit democrático fue hasta el 2005 y 2015 que fueron eliminados los cerrojos constitucionales más visibles y antidemocráticos. En la actualidad persisten ordenamientos promulgados por la Junta Militar como el Código de Minería, la Ley de Amnistía, las Leyes de Amarra y la Ley Reservada del Cobre –instrumento que evita el control económico de los militares por parte de los civiles–.

2 Conglomerado de centro-izquierda integrado por el Partido Demócrata Cristiano, Partido Socialista, Partido Radical y Partido por la Democracia.

Congreso (parlamentarios de derecha y senadores designados) como a las jerarquías de las Fuerza Armadas y de Orden (FAO).

Las limitaciones obligaron a la formación de la democracia de acuerdos que procuró:

Consensos políticos entre la Concertación y las fuerzas de la derecha, antes que la competencia directa y el enfrentamiento entre ambos conglomerados. Esta estrategia política [permitió] dar estabilidad al proceso de transición, integrar a la derecha al juego democrático y mantener a los militares en sus actividades profesionales, pero al mismo tiempo [hizo] que el avance de las reformas democratizadoras [fuera] gradual y moderado (Biblioteca Nacional, 2018).

Durante la década de los noventa Pinochet participó en la política (en menor medida), ostentó la dirección del Ejército y protegió el estricto cumplimiento de la Ley de Amnistía de 1978. Asimismo, algunos de los integrantes de la dictadura, en especial del poder judicial, conservaron un cargo público. Dicha situación, más la suma de los acuerdos y las restricciones, fueron precondiciones para aplicar la justicia transicional. En este sentido, la discusión de las violaciones a los derechos humanos y su tratamiento fue defendida en la medida de los recursos políticos siempre y cuando no se colocaran en riesgo la estabilidad institucional. Los presidentes de la Concertación emprendieron la tarea de dar a conocer la verdad de los hechos y encabezar el proceso de reconstrucción moral del país para continuar con la edificación de un sistema de protección a los derechos humanos. La forma en cómo se planteó la justicia durante los 20 años que gobernó la Concertación puede ser evaluada como buena o insuficiente, según los criterios con los que se juzgue. Pero independiente de ese análisis, debe entenderse que su aplicación y ejecución se fue edificando en el tiempo, mismo que fue agrandando las opciones reales de acción política y judicial. Los presidentes de la Concertación incrementaron esas posibilidades de transformar la institucionalidad e ir confiriendo justicia de forma gradual, pero sostenida.

Para comprender lo anterior, el artículo presenta cinco apartados: el primero hace una referencia breve de las condiciones generales del tema expuesto; el segundo muestra las dificultades que presentó el primer gobierno de transición frente a las violaciones de los derechos humanos; el tercero señala la inactividad en la materia en el transcurso del gobierno de Eduardo Frei. En el cuarto y quinto se exponen las reformas constitucionales y los programas adicionales en beneficio de las víctimas, familiares y sobrevivientes impulsados por los mandatarios Ricardo Lagos y Michelle Bachelet. Por último, se establece una conclusión general.

PRELIMINARES

La transición a la democracia en Chile se ubicó en la tercera ola de democratizaciones a finales del siglo XX (Huntington, 1994). En la década de los ochenta la oposición chilena se organizó para combatir al gobierno autoritario. En los primeros años hubo fragmentación dentro de ella hasta que los partidos políticos moderaron sus posturas ideológicas. De esta forma, se erigieron agrupaciones que allanaron el camino para iniciar una nueva etapa, entre ellas la Alianza Democrática y el

Acuerdo Nacional para la Transición Plena a la Democracia hasta solidificarse en la Concertación (Ortega, 1992). Finalmente, tras una serie de actos de represión más violentos en 1986 se optó por acatar el itinerario propuesto por Pinochet que marcaba un plebiscito para su continuidad o no en el poder por un periodo más.

El plebiscito se realizó en 1988 bajo un ambiente de orden; el pueblo chileno después de años de violencia salió a las calles y votó por el “No”, aunado a la decisión de convocar a elecciones presidenciales y parlamentarias al año siguiente. A mediados de 1989 la élite política dispuso que la competencia por el poder se regularía según la naturaleza de las negociaciones (Campuzano, 2007; Garretón, 2013), con lo cual se concretó una serie de reformas constitucionales que determinaron la estructura final del sistema político chileno.³ Según Rafael Otano (1995), dichas modificaciones fueron conducidas por un grupo reducido (la jerarquía militar, la derecha y los empresarios) que tuvo la capacidad de subordinar a la Concertación.

Algunos de los responsables de la negociación con los militares y sus representantes políticos pensaban que esos límites se podrían ampliar una vez conquistado el gobierno y elegido el parlamento, lo que no ocurrió. Otros, en cambio, [consideran] hasta hoy que lo logrado fue simplemente el mejor de los escenarios en las condiciones existentes en el momento (Delamaza y Ochsenius, 2006, p. 489).

A pesar de las circunstancias restringidas y la impunidad de Pinochet, la justicia transicional pasó a ser un tema que debía enfrentarse no sólo en el primer gobierno, sino en los sucesivos. Federico Sersale di Cerisano (2013) advierte que la justicia transicional va más allá de una breve fase de transición o presidencia, pues “no se debe limitar a un enfoque legal formal, se debe pensar en ella como un todo multifacético e interdisciplinario. Limitarse a procesos legales formales no alcanza para responder a las necesidades de las víctimas y de la sociedad en general” (p.117). En un análisis global o por lo menos en América Latina ningún proceso hasta ahora ha logrado completamente satisfacer las expectativas de los involucrados (Abuchaibe, 2011).

Debido a la magnitud de los abusos, la justicia transicional ofrece medidas excepcionales con el objetivo de reparar las violaciones a los derechos humanos y reivindicar las instituciones. De tal suerte, que debe brindarse en cuatro enfoques: a) procesos penales; b) procesos de esclarecimiento de la verdad por parte de órganos no judiciales, sin que sustituyan a los procesos judiciales; c) reparaciones –individuales, colectivas, materiales y simbólicas–; y finalmente, reformas jurídicas e institucionales (ICTJ, 2018). Se enfatiza que cada país tiene que confrontar su historia y acontecimientos sociales para elegir la medida más idónea, la cual no debe ocasionar un riesgo grave de inestabilidad. El contexto determinará las posibilidades de acción política, sin que ello implique que las actuaciones sean débiles, poco concretas o sin actividad judicial. Muchas veces las condiciones políticas y jurídicas del Estado no lo permiten, aunado a la existencia de una sociedad fragmentada ideológicamente (polarización) con una concepción distinta al pasado dictatorial,⁴ como fue en Chile.

³ Para un análisis constitucional, véase Carmona, 2014.

⁴ Por mencionar sólo uno de los tantos casos de la visión sesgada del pasado están las declaraciones del excandidato presidencial independiente en 2017 José Antonio Kast: “Las fuerzas armadas no usaron la fuerza para tomarse el poder, sino para recuperar Chile” (TheClinic online, 2017); “Nadie es defensor de la violación de los derechos humanos. Hay muchas personas que están cumpliendo condena, algunos con justa razón y otros por ficciones jurídicas”; “El Gobierno Militar no sólo fueron violaciones a los derechos humanos, hubo muchas cosas positivas que hoy nadie mostrar, nadie quiere defender” (Comparini y Silva, 2017). “Si Pinochet estuviera vivo votaría por mí” (Montes, 2017).

PATRICIO AYLWIN (1990-1994)

El primer periodo de la Concertación estuvo dirigido por el demócrata cristiano Patricio Aylwin Azócar, quien condujo una transición altamente restringida. Su liderazgo buscó ser objetivo y prudente, que contribuyera a la unidad de las fuerzas democráticas y progresistas, al mismo tiempo de alentar el reencuentro de los chilenos (Bitar y Lowenthal, 2016). La legitimidad de su administración comenzó por a) esclarecer la verdad sobre las violaciones a los derechos humanos cometidos en la dictadura; b) garantizar la obtención de información para posibilitar la investigación judicial de los delitos y, c) reivindicar a las víctimas y sus familias a través de la implementación de medidas legales y administrativas para reparar los daños materiales y morales que padecieron (Concertación de Partidos por la Democracia, 1989, pp. 2-3).

Las políticas en materia de justicia transicional se guiaron por estas tres vertientes, aunque Aylwin tuvo un discurso neutral que intentó no afectar la estabilidad gubernamental conseguida, a la vez de no situar en una posición reactiva a la derecha. Este sector conformado por la Unión Democrática Independiente (partido continuista del proyecto de la dictadura) y Renovación Nacional (partido más abierto al diálogo) impedía corregir a la institucionalidad, salvo en aquellos casos que les beneficiaba. Si existía una propuesta que amenazaba su posición era rechazada aprovechándose de su poder de veto y por su sobre-representación en la Cámara Alta.

La presencia de Pinochet en el Ejército significó el gran pacto con el primer gobierno de la Concertación, donde se aseguró que no se abrirían procesos judiciales a la jerarquía militar, al mismo tiempo que se aplicaría la Ley de Amnistía de 1978. En 1990, las FAO estaban politizadas y con una alta desconfianza en la dirección civil. Durante esta época Pinochet generó tensión, pero no por un posible golpe de Estado, sino por cómo se jugarían las lealtades y respeto a la autoridad civil.⁵ Un segundo gran pacto se tradujo como la inviabilidad de terminar con las restricciones que impedían una transformación directa. A todo esto, las decisiones políticas y estrategias de Aylwin se analizaron según:

Los costos y riesgos de las acciones persecutorias, que se [apoyaban] en fuerte evidencia favorable a la estrategia gradualista. [...] El uso gubernamental del consenso durante el periodo de Aylwin transformó los modos de entender las prácticas políticas [...] por una nueva que diluyó las convicciones partidarias en los acuerdos cupulares y la integración horizontal. [...] Para el primer gobierno de la Concertación, el momento, la dinámica y la profundidad del cambio institucional estuvo determinado por las oportunidades políticas. Vale decir, el gobierno buscó que las reformas no alteraran el orden social del país, ni la dirección del proceso transicional. La tesis de la política de los consensos condicionaba la implementación del programa a la existencia de un respaldo parlamentario de supermayoría (Mella, 2014, p. 26, 29 y 31).

⁵ Fueron dos hechos incitados por Pinochet (conocidos como el Boinazo y el Ejercicio de Enlace) que colocaron en una posición incómoda a Aylwin. Estos actos demostraron inconformidad de los militares tanto por las investigaciones sobre el hijo del exdictador como por las de violaciones a los derechos humanos.

Como consecuencia de lo anterior, la acción judicial pasó a segundo término para centrarse en las acciones de verdad y reconciliación.⁶ Fue así que Aylwin creó la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, organismo de investigación, cuyo Informe Retting (nombre dado por el titular de la Comisión, Raúl Retting) fue un documento con fuerza probatoria y moral que oficializó la verdad de las principales formas de violaciones a los derechos humanos: las desapariciones forzadas, ejecuciones y torturas con resultado de muerte cometidas por agentes del Estado o personas al servicio de éste, así como los secuestros y atentados contra la vida cometidos por particulares bajo pretextos políticos (Serani, 2015, p. 198). Sin embargo, quedaron casos pendientes que posteriormente fueron calificados por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, la cual amplió la categoría de las violaciones al considerar las ejecuciones al margen del debido proceso, el uso indebido de la fuerza, el abuso de poder y los suicidios con secuela de tortura.

Entre las medidas de reparación más sobresalientes implantadas por Aylwin estuvieron a) la Oficina Nacional del Retorno, se convalidaron grados académicos y títulos profesionales de los exiliados, se eliminaron impuestos a importaciones de bienes personales y se entregaron becas para la educación; b) el Programa de Reparación y Atención Integral en Salud, se dio acceso al sistema de salud pública y apoyo mental especializado para las víctimas y familiares; c) el Programa de Exonerados, se restituyeron pensiones perdidas y protecciones sociales para las personas que fueron despedidos por motivos políticos.

EDUARDO FREI RUIZ-TAGLE (1994-2000)

El gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle conservó la regla del consenso mientras que las fuerzas políticas se mostraron como estables. El crecimiento económico y la modernización del país produjeron que en la década del noventa Chile se integrara a la economía internacional. Se firmó el Tratado de Libre Comercio con América del Norte, se incorporó al Mercado Común del Sur y se fomentaron las relaciones comerciales con Asia, en especial con China. El país reflejó condiciones que lo hicieron atractivo e incitador al fomento de las relaciones tecnócratas y empresariales, así como en la creación de fondos de inversión para sectores específicos (Muñoz y Stefoni, 2003).

En la agenda gubernamental Eduardo Frei priorizó el desarrollo económico y desplazó no sólo como tema secundario, sino prácticamente invisible a las violaciones a los derechos humanos cometidos en la dictadura. No obstante, sí continuó con los programas de reparación de su antecesor: a) extendió el Programa para Exonerados; b) compró Villa Grimaldi para convertirla en sitio de memoria; c) restituyó los bienes confiscados por razones políticas; y d) eliminó el 11 de septiembre como día feriado remplazándolo por el día de la Reconciliación Nacional.

Collins (2014) afirma que en su gobierno:

Los delitos de derechos humanos fueron un terreno estéril, y los casos solo fueron continuados por los familiares, abogados de derechos huma-

⁶ En la década del noventa se acordó que las investigaciones judiciales y periodísticas solo podrían llegar a cierto nivel de responsabilidad como fue el caso de Manuel Contreras, ex director de la Dirección de Inteligencia Nacional, pero nunca podían llegar a Pinochet (Urquieta, 2015).

nos, y aquellas organizaciones de la sociedad civil que lograron perdurar en el tiempo. Las iniciativas de verdad y memoria eran igual de escasas, y estuvieron sumamente separadas una de otra al menos en las políticas oficiales del Gobierno. El informe Retting y el financiamiento público de un memorial a los Detenidos Desaparecidos constituyeron el único patrimonio existente sobre el tema. [...] Luego de que a comienzos de la Transición hubiera preocupaciones de regresión al autoritarismo, se esperaba que Frei pudiera gobernar con más libertad que Patricio Aylwin, con el objetivo de buscar un cambio distinto para el futuro de Chile [...] Sin embargo, no presentó ningún proyecto más profundo para construir un sentido de identidad de la Concertación [...] Por el contrario, predominó el deseo de mantener el *statu quo* [...] no hubo mayores cambios a los enclaves autoritarios (2014, pp.155-156).

En este lapso la herencia dictatorial siguió impidiendo la persecución penal: los crímenes que se cometieron en el pasado eran juzgados por los tribunales militares y la estructura judicial conservaba a los jueces nombrados por Pinochet. Uno de los aciertos de Frei fue promulgar la reforma judicial y modificar el sistema de pensiones que jubiló a los antiguos jueces. Se nombraron nuevos operadores jurídicos que aplicaron argumentos fundados en los principios internacionales, lo que significó atraer las causas que estaban impedidas de ser investigadas por la Ley de Amnistía. Se acogieron innovadoras figuras legales como el “secuestro permanente”, delito que no estaba considerado en los amnistiados. En 1995, por medio de la Ley N° 19.368, se modificó el Código Militar que indicaba el lugar de reclusión de los militares condenados a penas privativas de libertad, construyéndose la cárcel de Punta Peuco. Esta edificación causó polémica al ser un lugar especial para los criminales que concedió beneficios especiales; además figuró como un agravio al derecho de igualdad ante la ley.

En 1998 Pinochet reavivó las confrontaciones sociales y políticas. Primero por el término de su cargo como comandante en jefe e inmediatamente nombrado senador vitalicio y segundo por su arresto en Londres a orden del juez español Baltazar Garzón.⁷ El caos político y la probabilidad de inestabilidad generaron que Frei y la derecha buscaran el regreso de Pinochet en el marco de la diplomacia. El presidente alegó que un posible juicio en el extranjero era una transgresión a la soberanía, pues la capacidad de juzgarlo le competía estrictamente a los órganos judiciales del Estado chileno. Encima declaró sino se procesaba y condenaba en el país se colocaba en riesgo la transición. “Esta declaración fue reafirmada por Sebastián Piñera de Renovación Nacional, quien mencionó que de no hacerlo habría un grave retroceso en la transición, proceso en el cual ambos lados (dictadura y Concertación) cedieron para llegar a ese gran pacto social” (Fuentes, 2006: 88). Por su parte, la izquierda de la coalición oficialista validó “tibiamente” la postura de Frei, siempre y cuando se enfrentara posteriormente a la justicia chilena (Agüero, 2002: 57). El general fue liberado dos años después por razones de salud. Una vez en Chile, la Corte Suprema lo desaforó y se acordó políticamente su renuncia como senador vitalicio (Weeks, 2014). Con ello, comenzó una activa etapa de denuncias en su contra e investigaciones por su participación en la Caravana de la Muerte.

⁷ Para una lectura detallada de la detención del exdictador chileno véase Brett, S. (2008). *El efecto Pinochet*. A diez años de Londres 1998. Santiago, Chile: Universidad Diego Portales.

Para muchos esto fue considerado el acto más triunfal contra la impunidad institucionalizada; sin embargo, el exdictador nunca fue condenado.

Como producto del episodio londinense las fuerzas armadas empezaron a distanciarse públicamente de Pinochet y la derecha entabló por vez primera el diálogo y aceptación de las atrocidades y las violaciones a los derechos humanos. A finales de 1999, Eduardo Frei y su ministro de Interior, Edmundo Pérez Yoma, formaron la Mesa de Diálogo, instrumento por el cual se pretendió reencontrar el mundo civil con el castrense. Entre sus participantes estuvieron personeros del gobierno, la jerarquía militar, la iglesia católica, abogados de derechos humanos, profesores, investigadores y organizaciones civiles. En este sentido, Frei lideró el compromiso social y moral para que las FAO se comprometieran a entregar información para la localización de los restos de los detenidos desaparecidos (Declaración de la Mesa de Diálogo, 2001). La Mesa de Diálogo no fue bien recibida por las organizaciones defensoras de los derechos humanos, dado que consideraron que simbolizaba una negociación entre víctimas y victimarios. Sin embargo, no se debe de negar que fue el primer instrumento que logró que medianamente los militares entregaran información del paradero de los desaparecidos.

RICARDO LAGOS (2000-2006)

El tercer periodo de la Concertación estuvo liderado por el socialista Ricardo Lagos, quien gobernó un país muy distinto al de los inicios de la década de los noventa. El presidente tenía mayores libertades y menos compromisos políticos, o al menos eso parecía. A pesar de que Pinochet estuvo presente su figura se fue debilitando y perdió apoyo público de la derecha y los militares. En 2003 Lagos creó la Comisión de Prisión Política y Tortura, también conocida como Comisión Valech, que reconoció a las personas que sufrieron privación de libertad y tortura por razones políticas, a través de agentes del Estado o personas a su servicio durante la dictadura. “El Informe Valech fue contestado por los militares y los carabineros, cada cual aceptó su responsabilidad en los hechos y se comprometió a participar en la reconciliación nacional. Esta variación de actitud cerró la etapa de protagonismo político de la institución castrense para iniciar una nueva época donde la fuente de su legitimidad fuera la aprobación social y no la fuerza” (Varas *et al.*, 2008, p. 22).

En relación con las medidas de reparación impulsadas por Lagos se encuentran las siguientes: a) redujo la deuda de los retornados del exilio; b) amplió el registro del exonerado político; c) eliminó el registro penal de los condenados de manera injusta o ilegítima durante la dictadura; d) mejoró las reparaciones de la Comisión Retting; e) aumentó las pensiones para los familiares de asesinados o detenidos desaparecidos; f) otorgó una pensión base, acceso a la salud y becas educativas para sobrevivientes de prisión política o tortura.

Ricardo Lagos dio seguimiento y recibió los resultados finales de la Mesa de Diálogo. El reporte de los militares indicó una cifra irrisoria de los detenidos desaparecidos, ejecutados políticos y personas sin identificación. Los datos fueron imprecisos sin referencia clara al nombre de la víctima, el lugar de desaparición y ubicación de los restos. Contrariamente para Lagos esto fue catalogado como un compromiso, fortaleza y coraje de la institución castrense, que por primera vez se pronunciaba por los hechos ocurridos, lo que generó un avance en las relaciones entre los civiles y los militares (Weeks, 2014).

Poco a poco se fue nivelando el camino para que se cristalizara las posibilidades de transformar la institucionalidad. Por un lado, la derecha tenía una actitud dispuesta a debatir y eliminar los enclaves que evidentemente representaban un gran déficit democrático,⁸ y por el otro, los militares se desprendieron del rol político para someterse completamente a los civiles, salvo en materia económica. Fue así que en 2005 se elaboraron una serie de reformas que le dieron nuevo rostro a la Constitución promulgada por Pinochet.

Estas reformas [restaron] poder a las Fuerzas Armadas, [aumentaron] las capacidades del Congreso y [permitieron] profundas enmiendas a instituciones como el Tribunal Constitucional y el Consejo de Seguridad Nacional. Se [redujo] el periodo presidencial de 6 a 4 años sin reelección inmediata, se [eliminaron] los senadores designados y vitalicios, se [aumentaron] las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados, se [puso] término a la función de las Fuerzas Armadas de ser “garantes de la institucionalidad” y los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y de Orden ya no [fueron] inamovibles de sus cargos, quedando bajo la autoridad discrecional del Presidente de la República. A pesar de los avances en el proceso democratizador y de los importantes logros económicos y sociales que [ostentaron] los gobiernos de la Concertación, persistieron elementos considerados poco democráticos, como el sistema electoral binominal [...] Luego de un largo proceso, el 5 de mayo de 2015 se [publicó] la ley que [sustituyó] el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo (Biblioteca Nacional, 2018).

La reforma del 2005 presentó transformaciones estructurales gracias a los acuerdos entre las fuerzas políticas. Pero los legados de la dictadura no han desaparecido y han resistido —no todos con la misma fuerza— al cambio político y social, porque “son disposiciones ilimitadas en el tiempo” (Falaha, 1993, p. 5) que benefician a ciertos grupos políticos que se resisten a desaparecerlos.

MICHELLE BACHELET (2006-2010)

En los primeros años de mandato, Michelle Bachelet ostentó un alto índice de simpatía y adherencia de las organizaciones defensoras de derechos humanos porque se presentó como una figura política empática con las víctimas (por su historia de detención y exilio). “En el transcurso de su gobierno continuó con los programas anteriores y presentó una política simbólica; no obstante, la empatía que se le reconoció desde el principio no concordó con los avances reales en la institucionalización de la materia” (Collins, 2014, pp. 162-163). Durante su administración, Bachelet tuvo confrontaciones con la oposición respecto a determinadas situaciones como por ejemplo, el uso del método anticonceptivo de emergencia. Sin embargo, en lo referente al pasado dictatorial mantuvo la estabilidad política con la derecha y los militares al igual que sus antecesores de la Concertación.

⁸ Cabe decir que a la derecha ya no le convenía sostener figuras como los senadores designados, dado que el escenario político estaba cambiando y la Concertación tenía la capacidad de nombrar a más de la mitad de ellos.

Uno de los mayores trabajos que realizó Bachelet fue la rectificación de los errores de identificación de detenidos desaparecidos en el Servicio Médico Legal. Por otra parte, creó por Decreto Supremo N°43 la Comisión Presidencial Asesora para la Calificación de Detenidos Desaparecidos, Ejecutados Políticos y Víctimas de Prisión Política y Tortura, instancia que se consideró una segunda comisión de verdad. Las medidas de reparación que ofreció fueron a) la inauguración de memoriales como el Museo Nacional de Memoria y los Derechos Humanos; b) la creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos; c) el pago único para las víctimas de exoneración política; y d) la transferencia de becas educativas a los nietos de las víctimas y ampliación de las exenciones del servicio militar.

Bachelet tomó especial atención al trabajo de los militares, quienes ya despojados de su carácter político retomaron actividades de profesionalización por medio de prácticas en operaciones internacionales de paz, combate al tráfico de drogas, la defensa del medio ambiente, entre otras. Asimismo introdujo reformas al servicio militar obligatorio, modernizó el equipamiento militar y el plan de fortalecimiento de medidas de confianza mutua en el campo internacional (Varas *et al.*, 2008, pp. 12-13; Weeks, 2014, p. 119).

La socialista prometió en campaña derogar la Ley de Amnistía de 1978. Durante su gobierno recibió el fallo adverso emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Luis Almonacid Arellano y otros, en el cual se señaló que el Estado chileno debía derogar la Ley, por su carácter de ilegal, pues es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El caso Almonacid constituyó un frente contra las leyes de protección a criminales y fue:

El paso más reciente en la evolución de la doctrina del sistema interamericano de protección de derechos humanos sobre la ilegitimidad, ilegalidad e inaplicabilidad de medidas legales que impiden la investigación, procesamiento y eventual sanción por violaciones a los derechos humanos consideradas particularmente graves por el derecho internacional (Zalaquett, 2007, p. 183).

A pesar de lo anterior, Bachelet no logró derogar la Ley de Amnistía; sin embargo, por medio de Ley N° 20.377 creó la figura legal de “ausente por desaparición forzada”, delito no considerado amnistiado. Esto permitió que el aparato judicial pudiera continuar con los procesos en contra de las personas señaladas como violadores de derechos humanos.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La escrupulosa búsqueda de la estabilidad institucional por parte de los presidentes de la Concertación fue más grande que la fuerza por otorgar justicia transicional. Ahora, se reconocen los esfuerzos y avances en los programas en beneficio de las víctimas, familiares y sobrevivientes, así como la recomposición de las relaciones entre civiles y militares. Pero el pago por transitar a la democracia costó caro y en perjuicio a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. El pacto que le consintió la permanencia a Pinochet dentro del Ejército y su posterior senaduría vitalicia fue una vergüenza. La justicia transicional padeció la gradualidad y el mantenimiento del *statu quo*, la voluntad política no tuvo la suficiente potencia para

derogar la Ley de Amnistía, que si bien ya no se aplica, sigue vigente. Existen leyes que sostienen el pacto de silencio, como aquella que impide conocer el nombre de los victimarios por 50 años y una cárcel que privilegia a los criminales.

REFERENCIAS

1. Abuchaibe, H. (2011). La corte interamericana de derechos humanos y la justicia transicional en Colombia. *Revista Zero* (26), pp. 24-29.
2. Atria, F. (2013). *La Constitución tramposa*. Santiago, Chile: LOM.
3. Agüero, F. (2002). Militares, estado y sociedad en Chile: mirando el futuro desde la comparación histórica. *Revista de Ciencia Política*, vol. XXI, (1), pp. 39-65.
4. Biblioteca Nacional de Chile (2018). Periodo 1990. *Reconstrucción democrática*. Santiago, Chile. Recuperado de https://www.bcn.cl/historiapolitica/hitos_periodo/detalle_periodo.html?per=1990-2022
5. Bitar, S. y Lowenthal, A. (2016). Tributo a Patricio Aylwin Azocar, 1918-2016. *El País*, edición Internacional, Santiago, Chile. Recuperado de https://elpais.com/internacional/2016/04/20/actualidad/1461111282_069269.html
6. Campuzano Volpe, F. (2007). Transición democrática en América Latina conclusiones provisionales. En *Autoritarismo y democracia en América Latina. Los retos de la transición* (pp. 261-267). Ciudad de México: Universidad Autónoma Metropolitana.
7. Carmona Santander, C. (2014). Las reformas a la Constitución entre 1989 y 2013. *Revista de Derecho Público*, pp. 57-81. doi: 10.5354/0719-5249.2014.31676
8. Collins, C. (2014). Los derechos humanos durante la Concertación. En Sehnbruch, K. y Siavelis, P. (eds.). *El Balance. Política y políticas de la Concertación 1990-2010*. (pp. 143-166). Santiago, Chile: Catalonia.
9. Comparini, M. y Silva M. (28 de julio de 2017), *Esto No Es Plaza Italia*, Oasis 102.1 FM, Santiago, Chile. Recuperado de asisfm.cl/oasisfm/esto-no-es-plaza-italia/jose-antonio-kast-el-gobierno-militar-no-solo-fueron-violaciones-a-los/2017-07-28/090950.html
10. Concertación de Partidos por la Democracia (1989). *Programa de la Concertación de Partidos por la Democracia. Bases programáticas político-institucionales*. Santiago, Chile.
11. Declaración de la Mesa de Diálogo (2001). Recuperado de <http://pdh.minjusticia.gob.cl/mesa-de-dialogo/>

12. Delamaza, G. y Ochsenius, C. (2006). Trayectorias, redes y poder: sociedad civil y política en la transición democrática chilena. En Dagnino, E., Olvera, A. y Panfichi A. (coord.). *La disputa por la construcción democrática en América Latina* (pp. 450-499). México: FCE, CIESAS, Universidad Veracruzana.
13. Falaha L. (1993). Chile: ¿Transición o democracia limitada? *Revista de Sociología* (8), pp. 71-78. doi:10.5354/0719-529X.1993.27630
14. Fuentes Saavedra, C. (2006). *La transición de los militares*. Santiago, Chile: LOM.
15. Garretón, M. (2013). Transición incompleta y régimen de consolidación. Las paradojas de la democratización chilena. *Revista Ciencia Política* (3), pp.21-32.
16. Garretón, M. (1989). *La posibilidad democrática en Chile*. Cuadernos de Difusión, Santiago, Chile: FLACSO.
17. Huneeus, C. (2000). *El régimen de Pinochet*. Santiago: Editorial Sudamericana.
18. Huntington, S. (1994). *La tercera ola: la democratización a finales del siglo XX*. Barcelona: Paidós.
19. International Center for Transitional Justice (ICTJ) (2018). ¿Qué es la justicia transicional? Recuperado de <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>
20. Mella Polanco, M. (2014). Transición y democratización durante el gobierno de Patricio Aylwin (1990-1993): la estrategia de las cuerdas separadas. *Revista Enfoques* (21), pp. 11-44.
21. Montes, R. (12 de noviembre de 2017). El presidenciable chileno que reivindica a Pinochet. *El País*, edición América, Santiago, Chile. Recuperado de https://elpais.com/internacional/2017/11/13/america/1510527795_264102.html
22. Muñoz, O. y Stefoni, C. (coord.) (2003). *El periodo del presidente Frei Ruiz-Tagle*. Santiago, Chile: Editorial Universitaria.
23. Ortega Frei, E. (1992). *Historia de una alianza política: el partido Socialista de Chile y el partido Demócrata Cristiano: 1973-1988*. Santiago, Chile: CED-CESOC, LOM.
24. Otano, R. (1995). *Crónica de la Transición*. Santiago de Chile: Planeta.
25. Serani Pradenas, E. (2015). Los Derechos Humanos bajo el gobierno del presidente Patricio Aylwin Azócar. En Vásquez Vargas, D. y Corvera Vergara M. (eds.). *Patricio Aylwin Azócar. Una vida republicana: convicción, política y doctrina*. Santiago, Chile: Ediciones Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

26. Sersale di Cerisano, F. (2013). Justicia transicional en las Américas. El impacto del Sistema Interamericano. *Revista IIDH* (57), pp. 115-136.
27. Sehnbruch, K y Siavelis, P. (2014). La vida política y económica bajo el arcoíris. En Sehnbruch, K. y Siavelis, P. (eds.). *El Balance. Política y políticas de la Concertación 1990-2010* (pp.19-28) Santiago, Chile: Catalonia.
28. The Clinic Online (28 de septiembre de 2017). *Siete polémicas frases del candidato José Antonio Kast en el debate presidencial de la ANP*, TheClinic Online, Santiago, Chile. Recuperado de <http://www.theclinic.cl/2017/09/28/siete-polemicas-frases-de-jose-antonio-kast-en-el-debate-de-la-anp/>
29. Urquieta, C. (2015). *Las cuentas pendientes de la Concertación en DD.HH.* El Mostrador, Santiago, Chile. Recuperado de <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2015/07/30/las-cuentas-pendientes-de-la-concertacion-en-dd-hh/>
30. Varas, A. et al. (2008). *Instituciones cautivas. Opinión pública y nueva legitimidad social de las FFAA*, Santiago, Chile: FLACSO Chile y Catalonia.
31. Weeks, G. (2014). Los militares y los veinte años de la Concertación. En Sehnbruch, K. y Siavelis, P. (eds.). *El balance. Política y políticas de la Concertación 1990-2010* (pp. 117-120). Santiago, Chile: Catalonia.
32. Zalaquett Daher, J. (2007). El Caso Almonacid. La Noción de una Obligación Imperativa de Derecho Internacional de Enjuiciar Ciertos Crímenes y la Jurisprudencia Interamericana sobre Leyes de Impunidad. *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago, Chile, pp. 183-194.

Globalización y neoconstitucionalismo en México a partir de las reformas de 2011, en materia de derechos humanos y amparo

Globalization and neoconstitucionalism in México since the 2011 reforms in matter of human rights and legal protection

JOSÉ LUIS MAYA MENDOZA*

Resumen

El neoconstitucionalismo, también identificado como Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, representa una doctrina que comenzó a desarrollarse desde la segunda mitad del siglo XX, tomando como base una constitución larga, rígida y garantizada, sustentada en el concepto de Estado constitucional de derecho y reformulada a partir de la tripartición bobbiana del positivismo jurídico.

Por su tendencia a promover la protección de los derechos humanos y desarrollar un sólido modelo de gobernanza en donde se establezca una mejor relación entre gobernantes y gobernados, plasmada en la reforma constitucional de México de 2011, en materia de derechos humanos y amparo, el neoconstitucionalismo, aporta los elementos necesarios para promover un Estado democrático que fomente el bienestar social en un entorno de desigualdad social a nivel internacional generado por el modelo neoliberal capitalista.

Palabras clave

Neoconstitucionalismo, Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, Estado constitucional democrático de derecho, Globalización, Neoliberalismo.

Abstract

The neo constitutionalism legal model, also known as New Latinamerican Constitutionalism, is a legal doctrine developed since the second half of 20th century based in a long, strong and guaranteed constitution supported in the concept of Constitutional Law State and reformulated in the bobbian tripartition of legal positivism.

According with its trend to promote the protection of human rights and develop a governance model oriented to set a better relationship between governors and citizens and included in 2011 mexican constitutional reform in terms of human rights and right of protection, New Constitutionalism brings the necessary elements to develop a democratic State that fights for social welfare in a global inequity environment generated by the capitalist neoliberal model.

Key words

New Constitutionalism, New Latinamerican Constitutionalism, Law Democratic Constitutional State, Globalization, Neoliberalism.



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

INTRODUCCIÓN

“La globalización implica la emergencia de nuevos poderes que trascienden las estructuras estatales” (Ignacio Ramonet, historiador y semiólogo español).

La globalización como un fenómeno socioeconómico distintivo de este tercer milenio ha trascendido a diversos órdenes del desarrollo humano como el comercio, la comunicación, las finanzas, la protección del medio ambiente, entre otros, lo que marca un nuevo paradigma en cuanto a la implementación, actualización y aplicación de un sistema jurídico internacional que aporte los elementos para atender las exigencias del modelo neoliberal sobre el que se sustenta la globalización.

En materia de derecho constitucional, la tendencia ha sido hacia el fortalecimiento de un Estado constitucional democrático de derecho, en el que integren a los textos constitucionales modernos, principios de protección a los derechos humanos y gobernanza, con el fin de promover un mayor bienestar social, lo que ha traído consigo un enfoque denominado neoconstitucionalismo, también conocido como Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano por el entorno geográfico en donde se ha desarrollado.

De acuerdo con lo anterior, en el presente ensayo se analizan sustancialmente, los aspectos básicos de la globalización, del neoconstitucionalismo como producto del Estado constitucional democrático de derecho actual y el papel de México en este nuevo orden jurídico internacional.

LA GLOBALIZACIÓN: UN CONCEPTO POLISÉMICO

La globalización es un fenómeno íntimamente ligado al desarrollo del comercio internacional de los siglos XV al XVIII entre Europa Occidental y civilizaciones en el Medio y el Lejano Oriente, así como sus distintas colonias en el Nuevo Mundo. Sin embargo, en un nuevo paradigma socioeconómico generado después de la Segunda Guerra Mundial, el movimiento globalizador contemporáneo comenzó a sentar sus bases a partir del resurgimiento del capitalismo norteamericano como el modelo económico hegemónico desde la segunda mitad del siglo XX. Bajo esta perspectiva, se llevarán a cabo algunas interpretaciones de este fenómeno socioeconómico de acuerdo con diversos especialistas en la materia.

John Kenneth Galbraith, economista canadiense (citado en Guillén, 2000), declaró en su momento que la globalización había sido “un concepto inventado por los estadounidenses para volver respetable su entrada a otros países y facilitar los movimientos internacionales de capital que siempre causan muchos problemas” (p. 123). Por su parte, el economista y profesor norteamericano, Joseph E. Stiglitz (2002), ganador del Premio Nobel de Economía en 2001, señala que “uno de los rasgos fundamentales de la globalización es la aceptación del capitalismo triunfante norteamericano como única vía posible al progreso” (p. 29).

Hacia la década de los ochenta en el siglo XX, el modelo norteamericano de producción, distribución y consumo, fundamentado en el libre comercio; la reducción y eliminación de barreras arancelarias; la internacionalización de capitales, así como el naciente impulso a las denominadas tecnologías de información y comunicación (TIC), basadas en una plataforma de Internet, marcaron el inicio de un nuevo escenario en el desarrollo económico mundial, al que el economista norteamericano Theodore Levitt (1992) denominó formalmente globalización en su artículo “La globalización de los mercados”, publicado en la revista *Harvard Business Review*, en su edición de junio de 1983, en el que plantea que, como resultado de la tecnología y eliminación de barreras arancelarias, se da pauta a la creación de corporaciones globales que operan “como si el mundo entero (o las regiones más importantes) fueran una sola entidad: vende los mismo y de la misma forma en todos lados” (Levitt, 1992, p. 192).

Fundamentada en el libre comercio y en el desarrollo exponencial de las nuevas tecnologías de información desde la década de los ochenta en el siglo XX, la globalización representa actualmente “[...] la imposición de un modelo de pensamiento y una forma de concebir el mundo, la sociedad, la producción de y distribución de bienes y las relaciones entre las naciones, que se conoce como neoliberalismo y constituye el paradigma económico de nuestro tiempo” (Feo, 2003, p. 888).

La presencia del neoliberalismo como una imposición del capitalismo contemporáneo, ha gestado un nuevo paradigma en la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, generando con ello, un impacto significativo en otras áreas del desarrollo humano en los ámbitos social, cultural, político, ambiental, entre otros, lo que hace compleja la conceptualización de este fenómeno distintivo del tercer milenio, considerado por el especialista británico Jan Art Scholte (2007) como un concepto polisémico en el que pueden presentarse cuatro significados distintos:

1. *Como sinónimo de internacionalización.* En este caso, se hace referencia a un incremento en las transacciones y la interdependencia entre países. “Un mundo más global es aquel donde hay más mensajes, ideas, mercancías, dinero, inversiones, contaminantes y gente que cruza fronteras entre unidades nacionales-estatales-territoriales” (p. 21).
2. *Como sinónimo de liberalización.* La globalización busca establecer una economía “abierta” y “sin fronteras” basada en una política neoliberal que ha traído consigo “mayor pobreza, mayor desigualdad, más conflictos sociales, destrucción cultural, daño ecológico y déficit democráticos (p. 23).
3. *Como sinónimo de universalización.* La globalización se define como un proceso de producción, distribución y consumo de bienes, servicios, experiencias e información que involucra a la gente de todos los lugares habitados de la tierra. Bajo este contexto, “se presupone globalización

como universalización para vincular homogeneización con convergencia cultural, económica, legal y política a escala mundial” (p. 24).

4. *Como sinónimo de occidentalización.* Las estructuras sociales de la modernidad (capitalismo, industrialización, racionalismo, urbanismo, etc.). Se expanden por toda la humanidad, afectando a las culturas preexistentes y a la autodeterminación local. Esto es, “la globalización actual ha insertado en el planeta los patrones de las modernas relaciones sociales en forma más amplia y acusada” (p. 26).

Como puede observarse, la visión de Scholte, abre una gama de interpretaciones sobre la globalización, que supera esa primera perspectiva de Feo sobre su simple imposición como un modelo de pensamiento y una forma de concebir el mundo. Por lo tanto, al expandir el concepto de globalización hacia otras perspectivas, pueden considerarse, para efectos del presente estudio su papel como sinónimo de liberalización y de universalización, para determinar su impacto en el neoconstitucionalismo contemporáneo.

TENDENCIAS ORIENTADAS A ALCANZAR UN ORDEN JURÍDICO SUPRANACIONAL

Con el advenimiento de la globalización económica como un fenómeno distintivo del tercer milenio y sus implicaciones en diversos ámbitos del desarrollo humano, los debates entre la comunidad científica y académica de la disciplina jurídica y los especialistas sobre el tema, han versado sobre temas como: derecho y posmodernidad; la constitucionalidad del derecho; y neoconstitucionalismo; la distinción entre derecho racional-formal y derecho regulatorio útil o temáticas relativas a los derechos humanos y enfoque de derechos, para citar sólo algunos casos (cfr. Jiménez, 2011, p. 18).

En una nueva perspectiva sociocultural y política de la globalización en la que está implícita el derecho, emergen nuevos planteamientos sobre la “supranacionalización de los problemas y las políticas públicas, la interdependencia mundial y el surgimiento de nuevos centros de poder globalizado que desafían los tradicionales conceptos de soberanía y autodeterminación dados como un presupuesto para los gobiernos locales” (Held, 2007, p.72).

Con base en lo anterior, en el panorama actual de intervención y regulación del Estado-nación, se identifican cuatro importantes tendencias:

1. *Tendencia hacia la desnacionalización de la existencia del Estado.* Como producto de la desnacionalización de la economía, la política nacional pierde progresivamente el control sobre diversas condiciones de producción que le generan ingresos vía tributaria, teniendo cada vez menor influencia “sobre empresas que toman sus decisiones de inversión en un horizonte de referencia globalmente ampliado” (Habermas, 1999, p. 100).
2. *Tendencia hacia desestatización de los regímenes políticos.* Implica el paso del gobierno a la gobernanza, esto es, un desplazamiento del papel central de los aparatos estatales oficiales, en beneficio de nuevas formas de asocia-

ción, cooperación y corresponsabilidad entre éstos y la sociedad civil. La desestatización de los regímenes políticos implica una subpolitización de la sociedad y una posible tendencia a configurarse en un Estado de negociaciones, un Estado de mesas redondas, en el que se sometan a discutir los conflictos internos interestatales (Beck, 2000, p. 102).

3. *Tendencia hacia la internacionalización del Estado nacional y sus subgobiernos.* En este caso, se pretende combinar el desarrollo económico endógeno con estrategias de promoción de exportaciones. Con esto, se modifican algunas de las características específicas del Estado-nación, las cuales, pasan a subordinarse a las exigencias de instituciones, organizaciones y corporaciones multilaterales, transnacionales o propiamente mundiales que se ubican en un nivel superior a las naciones. Dentro las transformaciones sustantivas en este caso, pueden mencionarse: “la soberanía, el proyecto nacional, la emancipación nacional, la reforma institucional, la liberalización de las políticas económicas o revolución social, entre otras” (Ianni, 2006, p. 34).
4. *Tendencia hacia la performativización de la acción pública estatal.* Se contempla la integración de criterios gerenciales a la administración pública, relacionados con la gestión, la planeación estratégica, la mejora continua de procesos, entre otras estrategias, como si se tratara de una empresa privada. “Esto va acompañado de mecanismos de control social y participación ciudadana que permitan una mayor responsabilidad del funcionario público, la rendición de cuentas y la lucha contra la corrupción” (Jiménez *et al.*, 2007, pp. 9-10).

Considerando las tendencias anteriores, surgen diversos temas propios de la globalización que exigen una atención jurídica especializada, los cuales incluyen:

- La regulación de flujos mercantiles y financieros
- Las migraciones y desplazamientos poblacionales
- La propiedad intelectual y su normatividad
- Los tratados internacionales que dan origen al derecho de la integración y conformación de entidades supranacionales
- La regulación y normalización de temas de protección ambiental, cambio climático y desarrollo sostenible
- Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su abordaje constitucional.

En materia de derecho, la globalización tiene implicaciones en las siguientes ramas:

- Derecho penal internacional y la jurisdicción de la Corte Penal Internacional
- Derecho constitucional
- Derecho laboral
- Derecho administrativo internacional
- Derecho internacional

En el presente ensayo, se considera la vinculación entre la globalización y el neoconstitucionalismo en relación con un nuevo paradigma orientado hacia la pro-

tección de los derechos humanos, la igualdad y la democracia, sobre los retos que implica este fenómeno socioeconómico contemporáneo.

En este sentido, la legislación mexicana emprendió reformas constitucionales en 2011 relacionadas con los derechos humanos, base del neoconstitucionalismo.

[...] Se consolidan los derechos fundamentales y, sobre todo, su garantía, en virtud de que se dispone que todo en el país sea en función de los derechos humanos, cuya promoción, respeto, protección y garantía, se impone como obligación a todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias; se incorpora literalmente el principio propersona, se prohíben las deportaciones sin previo juicio, se limita, aún más, el estado de excepción, dejando fuera de la posibilidad de suspensión una amplia lista de derechos fundamentales, en la que se incluye la garantía para su defensa, es decir, el recurso eficaz, la defensa adecuada, el debido proceso, el juicio de amparo, para cuya tramitación y resolución se incorporan, textualmente, los principios generales del derecho, la ponderación, el buen derecho, el privilegio del fondo sobre la forma, así como más supuestos en los que el órgano jurisdiccional deberá suplir, en forma oficiosa, las deficiencias de las quejas por violaciones a derechos humanos; exigiendo de los jueces constitucionales una mayor participación, dinamismo y compromiso para la protección de los derechos fundamentales (Salcedo, 2014, p. 508).

Con base en lo anterior, puede identificarse el vínculo entre el constitucionalismo mexicano y el neoconstitucionalismo del siglo XXI, confrontado con las exigencias que impone la sociedad globalizada contemporánea, en la que, como se mencionó, surgen nuevos paradigmas en el ámbito jurídico.

EL NACIMIENTO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO A PARTIR DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Como un importante recurso jurídico político, el constitucionalismo ha sido determinante en el desarrollo social de diversos Estados alrededor del mundo, especialmente en Latinoamérica, donde México ha sido un adalid en la materia en la creación de un Estado de derecho liberal.

[...] El constitucionalismo es el esfuerzo por racionalizar el ejercicio del poder político sometándolo a la ley, pretensión que equivale a transformar la fuerza, la coerción, en una facultad regulada por normas jurídicas. O, con más precisión: llegar a un punto en que quienes gobiernan sólo pueden actuar cuando la ley los autoriza, de la manera, con los efectos y para los fines en ella previstos, dado el supuesto de que también los gobernados únicamente pueden obrar dentro de la ley (Sáchica, 2002, p. 2).

Se destaca en el concepto anterior la legalidad del poder público, a través de la cual se garantice la seguridad jurídica de los gobernados, esto es, el constitucionalismo moderno, se desarrolla en el interior del Estado, por medio de un proceso de involución en el que se pretende limitar su poder por medio de reglas “intangibles”, llamadas “constitucionales” y que están fuera del alcance, lo que permite establecer que “el nacimiento de la Constitución moderna, atestigua el esfuerzo que tiende a sustraer parte del derecho positivo a la voluntad de los gobernantes en favor de la defensa de los derechos de los ciudadanos” (Beud, 2001, p. 138).

“En el inicio de la relación entre Estado y Sociedad, resulta relevante ubicar a la Constitución alemana, promulgada el 11 de agosto de 1919, e identificada como la Constitución de Weimar, como el génesis de un Estado social de derecho, expresado en un orden estatal justo, basado en el reconocimiento de los derechos humanos, la separación de los poderes y la creación de leyes conforme a los procedimientos debidamente establecidos, todo ello formulado en una Constitución escrita” (Villar, 2007, p. 74).

De este principio fundamental emanado de la Constitución alemana de 1919, se fue desarrollando un sistema político y económico en el que se supera el dualismo Estado y Sociedad, “situando al Estado como una unidad dada y a la Sociedad como pluralidad dada. Para que la vida social sea posible, requiere de una organización responsable, organizadora y planificadora” (Vila, 2009, p. 407).

Así, durante el siglo XX, se consolidó el concepto de Estado constitucional y democrático de derecho, en el que convergen cuatro elementos clave:

[...] Una *res pública* que ha roto el tipo de reino dinástico con un republicanismo democrático; una ley fundamental que legitima y limita el poder estatal, la Constitución creada normalmente por una asamblea constituyente que reclama una prioridad frente a otras leyes; una estructura basada en la división de poderes y un catálogo de derechos fundamentales (Bastidas, 2009, p. 50).

Bajo esta perspectiva, se hace especial énfasis en el hecho de que el constitucionalismo se ha ido adaptando de manera progresiva a las condiciones impuestas por la dinámica social moderna, involucrando cada vez más a los derechos sociales de la ciudadanía, por lo que hace oportuno el planteamiento de que el término social en el Estado, “no se refiere explícitamente a la sociedad, sino a los derechos sociales, los cuales son considerados básicos para que los individuos puedan desarrollarse en sus contextos y que funcionan como factor diferenciador en un modelo en el que las instituciones estatales están dirigidas a cumplir con éstos, para beneficio de los ciudadanos” (cfr. Velasco, 2016, p. 51).

Por lo tanto, la tendencia durante las últimas décadas es fortalecer el papel del Estado Social de Derecho como parte del Estado Constitucional, a partir de una relación simbiótica orientada a lograr una unidad concreta. Esta visión contemporánea de constitucionalismo hace referencia al orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, que, en una sociedad global como la que se vive hoy en día, hace necesaria la inclusión del ser humano “como punto de partida ideal del derecho y del Estado, del derecho constitucional y del derecho internacional” (cfr. Häberle, 2003, p. 8).

El impacto de un constitucionalismo orientado hacia la protección de los derechos humanos, representa sin duda, un factor común en nuestros días y ha establecido las bases para lo que se ha denominado neoconstitucionalismo y que, por su

impacto en los procesos constitucionales de diversos países latinoamericanos, se le ha dado ese complemento para quedar como Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Por ahora, se analizarán los elementos básicos del neoconstitucionalismo como una teoría, una ideología y una metodología.

NEOCONSTITUCIONALISMO: EL CAMBIO HACIA UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

A la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, se emprendió un análisis de los textos constitucionales, inicialmente en países europeos como Italia, Alemania, Portugal y España, con el fin de dotarlos de los preceptos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París. Esta condición dio pauta al nacimiento del neoconstitucionalismo.

Como tal, el término neoconstitucionalismo (sin equivalente ni sinónimo en los sistemas anglosajones), por el contexto cultural e institucional en que se ha generado, ha dado pauta que juristas y académicos hagan uso del término neoconstitucionalismos en plural (cfr. Carbonell, 2003). Asimismo, aún sin existir coincidencia semántica ni denotativa, sino por la aplicación práctica de sus fundamentos, el neoconstitucionalismo, también es identificado como Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano que, desde un contexto jurídico:

[...] Tiene como preocupación no sólo la dimensión jurídica de la Constitución sino, en un primer orden, su legitimidad democrática. En efecto, si el constitucionalismo es el mecanismo por el que la ciudadanía determina y limita el poder público, el primer problema del constitucionalismo debe ser garantizar la traslación fiel de la voluntad del poder constituyente (del pueblo) y certificar que sólo la soberanía popular, directamente ejercida, pueda determinar la generación o la alteración de las normas constitucionales (Viciano y Martínez, 2010, p. 18).

La esencia misma del neoconstitucionalismo se funda en el derecho del pueblo de determinar y limitar el poder público, por lo que los poderes legislativos de las naciones involucradas en este proceso, tanto en Europa como en Latinoamérica, han ajustado sus constituciones a la protección de los derechos humanos, tal como sucedió con la reforma constitucional de 2011 en México, que dio pauta a la promulgación de una nueva Ley de Amparo.

En el plano académico se atribuye el primer uso de la rúbrica neoconstitucionalismo, en un sentido más acorde a su campo de acción actual, a una de las principales exponentes de la llamada escuela genovesa, Sussana Pozzolo, quien lo presentó en su ponencia dictada en el XVIII Congreso de la IVR (*Internationale Vereinigung für Rechts-und Sozialphilosophie*), llevado a cabo en la ciudad de Buenos Aires en 1997. Dicho cuerpo académico, complementado por otros investigadores como Paolo Comanducci y Mauro Barberis, han desarrollado el concepto de neoconstitucionalismo con el fin de “clasificar y criticar algunas tendencias post positi-

vistas de la filosofía jurídica contemporánea, que presentaban rasgos comunes, pero también diferencias” (Comanducci, 2009, p. 87).

En la actualidad, bajo la etiqueta de neoconstitucionalismo se agrupan una serie de propuestas teóricas basadas en las siguientes categorías:

- a. Un cambio del estado legislativo de derecho a un Estado constitucional de derecho, el cual consiste en un Estado de Constitución rígida y control de constitucionalidad de leyes ordinarias (cfr. Ferrajoli, 2003, pp. 14-18) (o bien, Constitución rígida y su garantía jurisdiccional (cfr. Prieto, 2005, pp. 420-423).
- b. Constituciones con alta densidad normativa o alto contenido normativo (cfr. Prieto, 2005, pp. 420-423), generado a partir de la inclusión del catálogo de derechos fundamentales y de principios rectores de la organización política, social y económica.
- c. Constituciones con fuerza normativa vinculante y aplicación de directa en el sistema de fuentes, con una irradiación de la Constitución hacia las mismas, así como de la “constitucionalización” del derecho, cuando los tribunales asumen ambos postulados (cfr. Guastini, 2003, p. 69 y ss.).
- d. “Consideración de los derechos fundamentales y eventualmente de otras partes del texto constitucional como “valores” en la argumentación fundante de decisiones jurisdiccionales, en especial, pero no exclusivamente, a nivel de la jurisdicción constitucional” (cfr. Aldunate, 2010, p. 83).
- e. Introducción del “método” de ponderación para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales y entre éstos y otros principios constitucionales.

Con base en los puntos anteriores, el jurista e investigador mexicano Miguel Carbonell (2003) establece que con el término neoconstitucionalismo “se hace referencia también a una determinada teoría del derecho que propugnado en el pasado reciente por esos cambios y/o que da cuenta de ellos, normalmente en términos bastante positivos e incluso elogiosos” (pp. 9-10), con lo que el investigador enfatiza su concordancia con la evolución de la realidad constitucional durante la segunda mitad del siglo XX.

A partir de las tres acepciones del positivismo jurídico, planteadas por el filósofo y jurista italiano Norberto Bobbio, puede determinarse una clasificación análoga respecto al neoconstitucionalismo (teórico, ideológico y metodológico), ello con el fin de marcar sus diferencias en relación con el constitucionalismo tradicional considerando que éste, consiste básicamente en una ideología orientada a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales, mientras que el neoconstitucionalismo, integra además del elemento ideológico, una correlativa metodología una teoría concurrente con la positivista. Bajo este criterio, puede hablarse de un neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico.

El neoconstitucionalismo teórico tiene como principal objetivo analizar la estructura y el papel que asume el documento constitucional en los sistemas jurídicos contemporáneos, ya sea como objeto de investigación (modelo descriptivo de la constitución como norma), o, por el contrario, como un “modelo axiológico de la Constitución como norma” (Comanducci, 2000, pp. 133-137).

En el contexto ideológico, el neoconstitucionalismo ubica como eje, el objetivo de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, valorando el proceso de constitucionalización y propugnando su ampliación. Asimismo, el neo-

constitucionalismo ideológico reitera la importancia de obedecer a la constitución y a las leyes emanadas de la misma, como una obligación moral, lo que puede ser considerado como “una moderna variante del positivismo ideológico del siglo XIX, que predicaba la obligación moral de obedecer la ley” (Comanducci, 2002, p. 100).

Finalmente, en el caso del constitucionalismo metodológico, se hace referencia a la construcción de un puente entre el derecho y la moral basado en los principios constitucionales y en los derechos fundamentales. Por lo tanto, en esta categoría, se considera que “puede existir una obligación moral de obedecer la Constitución y las normas acordes con su texto original” (Comanducci, 2002, p. 108).

Este constitucionalismo metodológico, en su fundamento sobre el puente entre el derecho y la moral, ha tenido mayor proyección en el caso de los tribunales supranacionales, como es el caso de la Corte Penal Internacional, en cuanto a las violaciones graves y evidentes de los derechos humanos por parte de las autoridades nacionales, lo que implica una juricidad que es reconocida por su alcance universal e inalienable, lo que da pauta a que se efectúe ante dichos tribunales el respectivo reproche jurídico (moral), con sus eventuales condenas, “aunque existan normas jurídicas (incluidas las constitucionales) en el derecho nacional que avalen las violaciones en las que incurrió la autoridad imputada y sometida a juicio” (Vigo, 2012, p. 59).

Considerando los factores políticos y socioeconómicos sobre los que se desarrolla el mundo actual, y en especial, los nuevos planteamientos neoconstitucionales de la escuela genovesa, y su concordancia con los modelos constitucionales de algunos Estados de América Latina, el neoconstitucionalismo ha sido identificado también como Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano término que ha sido objeto de múltiples debates que tienen que ver con dos cuestiones que no se responden por sí mismas: la delimitación temporal del vocablo “nuevo”, que permita establecer qué tan reciente es esta modalidad de constitucionalismo y la delimitación geográfica del término “latinoamericano”, en el que se tiene que definir “si se refiere a toda esta región, o sólo a algunos países en particular, y de ser así, cuál será el criterio a utilizar para discriminar los que lo integran, y los que no” (Tórtora, 2015, p. 111).

A continuación, se comentarán los elementos fundamentales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Considerando lo anteriormente planteado respecto a la temporalidad y delimitación geográfica del neoconstitucionalismo, puede establecerse que la denominación Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano se vincula con los procesos constituyentes y sus resultados obtenidos en algunos países de América Latina en los últimos años del siglo XX y la primera década del XXI, destacándose las reformas constitucionales que tuvieron lugar desde fines de la década de los ochenta hasta la primera década del presente milenio en diversos países como: Nicaragua en 1987, Brasil (1988), Costa Rica (1989), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), así como otros países

que introdujeron importantes enmiendas constitucionales como Costa Rica, Chile, México y Venezuela.

La presencia de rasgos comunes en estos procesos constitucionales recientes, denotan cierta familiaridad entre los mismos, lo que hace posible hablar de un Constitucionalismo Latinoamericano actual “que tiene rasgos distintivos frente a otros constitucionalismos del mundo contemporáneo o frente a los ordenamientos de la región en el pasado” (Uprimny, 2011, p. 126).

Uno de los puntos fundamentales que caracterizan a este movimiento tiene que ver con el proceso de culminación del colonialismo en la región, ejercido por una cultura occidental voraz, que trajo consigo altos índices de desigualdad e inestabilidad social, situación que determina la intención del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano de buscar solución a la desigualdad social enquistada en la sociedad como producto de la imposición de políticas neoliberales que generaron condiciones de grave injusticia social (cfr. Viciano y Martínez, 2011, p. 21).

Para alcanzar este objetivo, el nuevo enfoque constitucionalista se ha caracterizado por el diseño de un texto constitucional protegido contra eventuales reformas por parte de los poderes constituidos, esto es, “un documento político con una legitimidad fuertemente democrática y que sólo puede ser modificado de manera sustantiva por la asamblea popular constituyente (Salazar, 2013, p. 354).

En el caso del nuevo constitucionalismo de los países citados anteriormente, los textos fundamentales resultan como producto de revoluciones emprendidas a través de medios institucionales, esto es, por un proceso electoral democrático no ausente de embates, algunos incluso violentos, no sin dramatismo. De esta forma, todas las constituciones referidas adoptan un sistema presidencialista; asumen el modelo del Estado Provincia fuerte y activo, rechazando el recetario del Estado Mínimo; se basan en la pluralidad y determinan la superación de los efectos negativos del modelo neoliberal (cfr. Corrêa Souza y Streck, 2014, p. 132).

Los cursos de acción para aplicar los fundamentos de este nuevo constitucionalismo basado en un Estado democrático abierto incluyen “mecanismos de ciudadanía activa/participativa, canales de democracia directa, plebiscito/referendo, incluso por auto-convocatoria, revocación de mando, iniciativa de proyecto de ley e incluso, de proyecto de enmienda constitucional” (Corrêa Souza y Streck, 2014, p. 132).

Finalmente, es importante destacar la tendencia a integrar la teoría sobre derechos fundamentales en las cartas constitucionales de prácticamente todo el mundo, como ha sucedido con las de los Estados incluidos en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, en el cual, se reconoce la supremacía de un documento constitucional escrito en el que se recoge un amplio catálogo de derechos fundamentales, que representan en sí, un reflejo de la agenda liberal tradicional, del proyecto democrático “e incluso de los reclamos de justicia social e igualdad material. Para garantizar los derechos y principios que arropan esta agenda robusta, las constituciones son documentos protegidos a través de mecanismos de control de constitucionalidad” (Salazar, 2009, p. 184).

Los principios relacionados con los derechos fundamentales incluidos en las constituciones contemporáneas, encuadran en “un marco universal consensuado de valores receptados en convenciones y tratados internacionales que obligan a los Estados y los hacen responsables por sus omisiones” (Pérez, 2008, p. 751).

En materia del nuevo constitucionalismo latinoamericano, al hacerse referencia a la incorporación de los instrumentos internacionales y de los tratados de derechos humanos en particular, se destaca la adopción de un sistema monista en

el que los ordenamientos jurídicos interno e internacional, se interconectan y se constituyen en un único sistema jurídico estrechamente relacionado, en el que los tratados internacionales se incorporan automáticamente después de haber sido ratificados por los Estados. “y, por ende, también se constituyen en normas de aplicación inmediata para los tribunales nacionales” (Henderson, 2004, p.73).

Es conveniente establecer que la mayoría de las constituciones latinoamericanas ha adoptado un sistema monista, lo que le da al nuevo constitucionalismo de la región un sentido integrador acorde a las condiciones que impone la globalización de las sociedades contemporáneas.

NEOCONSTITUCIONALISMO Y GLOBALIZACIÓN: LA BÚSQUEDA DEL BIENESTAR COLECTIVO

Como se mencionó, la globalización ha penetrado diversos ámbitos del desarrollo de la sociedad internacional moderna y ha traído consigo la conformación de un nuevo paradigma jurídico que además de buscar regular actividades de tipo económico, ha ido tendiendo a prestar mayor atención a los efectos negativos de este fenómeno en el ámbito social. En este sentido a través de la expansión del derecho internacional, la intención ha sido institucionalizar a la globalización en beneficio del bienestar colectivo.

Bajo esa perspectiva, es que el neoconstitucionalismo ha mostrado importantes avances en materia de derechos fundamentales como a la vida, a la libertad, a lograr mayor equidad en materia laboral, de seguridad social, salud pública, de protección del medio ambiente, entre otros, los cuales se han verificado “en el marco jurídico del Estado de derecho pero en un contexto de fuerte apoyo interdependiente con otros Estados mediante el empleo de los organismos y los tratados internacionales (Pérez, 2008, p. 756).

Atendiendo a las cuestiones relativas a cada vez mayor participación del nuevo constitucionalismo en las políticas derivadas de la globalización, es necesario tomar en cuenta los cambios generados al interior del sistema jurídico local, generados por el proceso de mundialización.

[...] Al respecto se han señalado varios aspectos tales como la crisis del constitucionalismo al debilitarse los condicionamientos constitucionales del Estado moderno, las transformaciones del constitucionalismo en la globalización (y por ello, las opciones entre un constitucionalismo débil u otro de carácter garantista o constitucionalismo fuerte) y la propuesta del desarrollo de un constitucionalismo mundial o cosmopolita, entre otros (Jiménez, 2012, p. 84).

Fundamentalmente, más que concentrarse en la dicotomía entre el Estado y la globalización, las discusiones sobre este fenómeno y el Derecho constitucional, giran en torno a la disputa entre la globalización y la existencia de un determinado modelo de Estado: “El Estado constitucional garantista de los derechos fundamentales o el Estado neoliberal facilitador de las fuerzas del mercado” (Jiménez, 2012, p. 84).

En este Estado constitucional “en el que la ley viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto, de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución” (Zagrebelsky, 2008, p. 34), se presentan de manera general, las siguientes características:

1. La adopción de constituciones rígidas, entendiendo rigidez constitucional como “un elemento del que se vale el constituyente para asegurar políticamente el resultado y perdurabilidad de su obra y jurídicamente, para establecer la supremacía del texto constitucional sobre otras normas” (Díaz, 2015, pp. 551-552).
2. Supremacía de la Constitución, concepto que hace referencia a una Constitución en la que “todo el mundo jurídico inferior a ella, le sea congruente y en consecuencia, que el mismo no la incumpla ni les reste efectividad funcional y aplicativa” (Orta, 2010, p. 2).
3. Aplicación directa de las normas constitucionales, que consiste en usar la constitución en la aplicación judicial, esto es, “incluir en el razonamiento práctico prescriptivo a una de las normas formuladas en el documento constitucional” (Caminos, 2017, p. 46).
4. Establecimiento de un tribunal constitucional como guardián de la Constitución y la consecuente fuerza vinculante de su jurisprudencia y doctrina. El tribunal constitucional es una institución judicial autónoma de los otros órganos constitucionales o estatales y dotada de determinadas competencias y funciones a través de las que se hace valer la Constitución, por lo que debe “imponer el orden constitucional-legislativo y orgánico, por encima de toda la producción jurídica y frente a gobernantes y gobernados” (Uribe, 2002, p. 342).
5. Modificación en el sistema de fuentes de derecho y el equilibrio de los poderes. En el Estado Constitucional, el sistema de fuentes de derecho es determinado por “las normas que atribuyen competencia material a los órganos productores, ya se trate de normas con la misma fuerza, o ya de que establezcan una reserva a favor de una fuente inferior” (Andaluz, 2009, p. 46).
6. El pluralismo jurídico al aplicar criterios extrasistémicos de interpretación de los principios, valores y reglas constitucionales (neoconstitucionalismo). Como uno de los conceptos clave en la visión postmoderna el derecho, el pluralismo jurídico facilita la coexistencia “de espacios legales superpuestos interconectados e interrelacionados, y la vida de la gente está alcanzada por la inter-legalidad de dichos sistemas normativos” (Sousa, De, 1987, p. 280). Bajo esta perspectiva, surge el neoconstitucionalismo como un nuevo paradigma jurídico en un entorno globalizado y multicultural.

Como puede observarse, el Estado constitucional contemporáneo ha buscado atender las necesidades de la ciudadanía, protegiéndola de los efectos nocivos del modelo neoliberal capitalista sobre el que se sustenta la globalización y que ha ido limitando la participación estatal en la atención diversos ámbitos socioeconómicos nacionales, como es el caso de las finanzas, los sistemas de pensiones, la salud, la explotación de bienes patrimoniales, entre otros.

Esta condición ha sido atendida por los organismos internacionales en materia de derechos humanos, a través de consensos establecidos en los tratados inter-

nacionales y que son integrados a los textos constitucionales de los Estados signatarios. De manera que, el neoconstitucionalismo promovido desde la década de los ochenta del siglo XX y por la escuela genovesa, representa hoy en día, una visión mucho más objetiva respecto al papel del derecho constitucional internacional en la protección de los derechos fundamentales de las sociedades contemporáneas.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO

El constitucionalismo moderno, también conocido como movimiento constitucionalista, o simplemente constitucionalismo, es el movimiento jurídico-político que, desde finales del siglo XVIII, ha propugnado por el establecimiento de una constitución escrita y codificada en cada Estado, con el fin de terminar con el absolutismo regio; limitar el poder de los gobernantes y garantizar la salvaguarda de los derechos y libertades de los ciudadanos, promoviendo además su participación política (*cfr.* García, 2002, p. 30).

La teoría del constitucionalismo moderno se desarrolló a partir de la promulgación de dos importantes constituciones: la estadounidense en 1787 y la francesa en 1791, ambas influenciadas por la Ilustración europea, liderada por importantes teóricos como Thomas Hobbes y John Locke en Inglaterra y Jean Bodin, Charles-Louis de Secondat, barón de Montesquieu y Jean Jaques Rousseau en Francia.

En el caso de España como monarquía regente de la Nueva España y otras colonias americanas, la Constitución de Cádiz de 1812, jugó un papel determinante en constitucionalismo de la región, debido a que puso fin al absolutismo, provocando que el rey, la nobleza y la burguesía perdieran el monopolio colonial indiano (Chust, 1999). Esta Constitución española estableció en sus 384 artículos “la soberanía nacional; la división de poderes; un sistema fiscal unificado; ciudadanía con derechos políticos y fuerzas armadas nacionales y no reales... establecía la igualdad de las dos Españas, la peninsular y la americana, aunque sin igualdad de representación” (Galeana, 2013, p. 246).

Este ordenamiento representó la primera norma de este tipo y naturaleza vigente en la Nueva España y, aunque fue interrumpida en 1814, “continuó por un tiempo desde su restablecimiento en 1820, hasta el 27 de septiembre 1821, fecha en que se declaró la independencia de México” (Serna de la Garza, 2013, p. 321).

Previo a la consumación de la lucha independentista, el movimiento insurgente comandado por José María Morelos y Pavón inició el proyecto denominado “Elementos Constitucionales” a cargo de Ignacio López Rayón, mismos que permitieron a Morelos estructurar sus “Sentimientos de la Nación”, que daría a conocer en septiembre de 1813 al instalarse el Congreso Constituyente de la nación en armas en la ciudad de Chilpancingo (Herrera, 2003, p. 108), que a la postre propiciaría la promulgación de la primera Constitución mexicana.

El “Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana”, conocido comúnmente como la “Constitución de Apatzingán”, fue sancionado en esta población michoacana por el Supremo Congreso Mexicano el 22 de octubre de 1814 “Año quinto de la independencia”, según el texto y representó sin duda, “la obra legislativa más acabada de la insurgencia pretrigarante y le cabe la gloria de ser

el primer cuerpo legal en el que aparece expresado con toda claridad el nombre de la patria” (Estrada, 2010, p. 65).

Con la consumación de la independencia y la instauración del régimen monárquico de Agustín de Iturbide, se produjo un pequeño tratado denominado *Leciones de política y derecho público para instrucción del pueblo mexicano* del jurista Juan Wenceslao Barquera, un proyecto para elaborar una Constitución que rigiera a la nación y al Estado mexicano de la época. Sin embargo, el fracaso del imperio de Iturbide impidió que este proyecto pudiera cristalizarse (cfr. Torre, de la, 2005, p. 2).

Con la abdicación al trono y la salida de Iturbide del país, se instituyó un gobierno provisional en el que el Poder Ejecutivo estuvo a cargo de un triunvirato formado por los generales republicanos Guadalupe Victoria, Nicolás Bravo y Celestino Negrete, quienes en noviembre de 1823 dieron la pauta para la integración de un nuevo Congreso constituyente, de acuerdo con las resoluciones del Plan de Casa Mata. Dicho Congreso estuvo conformado en su mayoría por federalistas encabezados por Miguel Ramos Arizpe y Crescencio Rejón. El primero fue nombrado Presidente de la Comisión de Constitución y junto con su grupo, presentó el 20 de noviembre un Proyecto de Acta Constitutiva que formuló en 36 artículos, siendo aprobada con el título de Acta Constitutiva de la Nación Mexicana, en enero de 1824. Dicho documento formó parte y fue promulgado con la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, el 4 de octubre del mismo año, publicándose al día siguiente en la Ciudad de México (cfr. Rabasa, 1990, p. 38).

En 1835, debido a una intervención armada a cargo del General Antonio López de Santa Anna, la Constitución de 1824 fue desconocida, dando fin de manera temporal al sistema federal. De esta forma, “México adoptaría la estructura de una República Central sustentada en el complejo legislativo conocido como *Las Siete Leyes o Las Leyes Constitucionales de 1836*” (Aguilar, 2017, p. 187).

Para 1841, el régimen fundamentado en las Siete Leyes, fue sustituido a través de la elección de un nuevo Congreso, también centralista, cuyo fin consistió en crear una nueva Constitución. Dos años más tarde, el Congreso fue disuelto y se nombró una Junta Nacional Legislativa que elaboró un nuevo código en 1843, conocido como Las Bases Orgánicas, a través de las cuales fue instituida la Segunda República Centralista, otorgando “nuevas facultades al Ejecutivo, dándole un poder casi dictatorial” (Delgado, 2002, p. 413). Este impopular proyecto constitucional es considerado como el “menos impracticable que haya tenido México” (Arragoiz, 1968, p. 381).

En agosto de 1846, el Plan de la Ciudadela puso fin al régimen centralista para retornar al federalismo, lo que por un decreto suscrito por el general Mariano Salas, dio pauta para la conformación de un nuevo Congreso Constituyente, según la resolución del 8 de febrero de 1847. En el mismo Decreto, el Congreso se declara Constituyente “y fija como base de sus atribuciones como órgano revisor de la Constitución, la forma de gobierno republicano, representativo y popular, federal y la independencia y soberanía de los estados en lo relativo a su régimen interior” (Soberanes, 1992, p. 66-67).

El objetivo fundamental del Congreso Constituyente fue el de volver a la Constitución de 1824, aunque uno de sus miembros, el ilustre político jalisciense Don Mariano Otero, propuso reformar en dicho ordenamiento, “aquellas instituciones que no habían sido convenientes para el país y proponiendo algunas nuevas que consideró indispensables, todo ello en su célebre voto particular del 5 de abril de 1847” (Sánchez, 1997, p. 312).

El “voto particular de Otero” fue aprobado por el Congreso Constituyente, promulgándose el Acta Constitutiva y de Reformas en que se devolvía su vigencia a la Constitución Federal de 1824, reforzándose esta misma, ordenando una Ley de garantías individuales y creando en su artículo 25, el juicio de amparo (Sánchez, 1997, p. 313).

En un ambiente convulsionado por conflictos armados internos y la guerra con Estados Unidos, el gobierno de Ignacio Comonfort, expidió el 15 de mayo de 1856 el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, documento que sirvió de fundamento para la Constitución Federal promulgada el 5 de febrero del siguiente año.

Por su naturaleza liberal, la Constitución de 1857, representó una piedra angular en la historia de México al generar cambios estructurales y sentando las bases del Estado Laico, vigente hasta hoy.

[...] La Carta Magna dio el triunfo definitivo al federalismo e integró en su texto a las garantías individuales. Incluyó de manera implícita la tolerancia religiosa por primera vez en nuestra historia; instituyó la libertad de enseñanza y facultó al Estado para legislar en materia de culto. Gracias a esto último se promulgaron las Leyes de Reforma de 1859, consumando la absoluta independencia entre el Estado y la Iglesia, y se dio la más grande de todas las libertades: la libertad de pensamiento (Galeana, 2017, p. 41).

Desde 1858 Benito Juárez asumió la presidencia y en un periodo de 14 años en forma ininterrumpida, recibió facultades extraordinarias de parte del Congreso, específicamente en sucesos complejos como la intervención francesa y el gobierno usurpador de Maximiliano de Habsburgo. A su muerte, en 1872, le siguió un periodo de inestabilidad política con gobiernos efímeros de Sebastián Lerdo de Tejada y Juan Nepomuceno Méndez, hasta 1876, cuando se llevó a cabo la revolución de Tuxtepec, dándole poder a Porfirio Díaz para ejercer la presidencia durante casi veinticinco años, “hasta que en los primeros años del siglo XX se comenzaron a presentar evidentes signos de decadencia y de crisis en el país, lo que a la postre llevaría al régimen a enfrentar la revolución armada de 1910” (Pérez y García, 2011, p. 369).

A la conclusión del conflicto armado, asumió la presidencia el general Venustiano Carranza, quien expidió la convocatoria para un nuevo Congreso Constituyente, el cual quedaría instalado en la ciudad de Querétaro el 1 de diciembre de 1916, con el lema “Constitución y Reformas”.

Después de acalorados debates y sesiones interminables de trabajo, el 31 de enero de 1917, Carranza firmó la nueva Constitución denominada: Reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1857 (cfr. González, 2008, p. 25).

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, México se constituye como una República representativa, representativa, democrática, federal, “compuesta por estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental” (Carpizo, 2017, p. 26).

Con una vigencia de más de 100 años y con más de 618 cambios a través de 2 220 Decretos de Reformas, la Constitución de 1917, sigue manteniéndose como el ámbito de relación y regulación de los grupos políticos con sus bases so-

ciales, destacándose que, desde finales del siglo XX, la tendencia ha sido hacia la incorporación del país al mundo global, que es el mundo contemporáneo. En este sentido, “la Constitución y las Reformas Constitucionales llevadas a cabo en el 2011, muestran el cambio de la sociedad nacional, dirigida y regulada por el Estado nacional, a la sociedad global de mercado” (Fix-Fierro, 2017, p. 8).

La integración de México a este nuevo enfoque constitucionalista latinoamericano, se ilustra en la reforma constitucional de junio de 2011, específicamente en la sustitución de la denominación tradicional del título primero, capítulo primero de la Constitución federal, “De las garantías individuales” por la de “Derechos humanos”, utilizada en las cartas fundamentales contemporáneas. Asimismo, se mantiene la supremacía constitucional y se complementa con los acuerdos de los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados por el Estado mexicano. De esta forma, el texto reformado de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, presenta la siguiente estructura:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS QUE REFORMA LA DE 5 DE FEBRERO DE 1857

Título Primero

Capítulo I

De los Derechos Humanos y sus Garantías

Artículo 1o. 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 [...].

Esta reforma constitucional, ubica a México en el entorno internacional del Nuevo constitucionalismo Latinoamericano, integrándose de manera efectiva al Estado Constitucional democrático actual, en el que se pretende lograr un mayor bienestar social frente a los embates del modelo neoliberal capitalista que ha generado desigualdad en la región.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

A través del presente ensayo se muestra un panorama general sobre la globalización, su impacto social, económico, cultural, político y ambiental; sobre los puntos de interrelación del modelo neoliberal y la normalización de su impacto; del neoconstitucionalismo o Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, sus características y fundamentos jurídicos y sobre el papel de la integración en los textos constitucionales de reformas y modificaciones acordes al nuevo paradigma que impone el modelo globalizador actual.

Por lo tanto, la tendencia durante las últimas décadas ha estado orientada hacia el fortalecimiento del Estado Social de Derecho como parte del Estado constitucional, en el que se fortalezca la supremacía constitucional y a su vez, se adopte un sistema monista en el que los acuerdos generados en los tratados internacionales sobre derechos humanos, se integren de manera inmediata en los textos constitucionales.

Es a partir de este nuevo paradigma, que se ha dado origen al concepto de Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, debido a importantes cambios constitucionales generados en algunos países de la región, como Colombia, Brasil, Costa Rica y Ecuador, entre otros, desarrollados a partir de movimientos democráticos en gobiernos emanados de la elección popular y que promueven la gobernanza como una alternativa para promover una mayor participación social.

La breve semblanza histórica sobre el constitucionalismo en México que se presentó en el cuerpo del ensayo ofrece una perspectiva sobre la evolución de los preceptos constitucionales desde la Constitución de Apatzingán en 1914 hasta la Constitución vigente, promulgada en 1917. La intención fue llevar a este punto un breve análisis del nexo entre la Carta Magna mexicana y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano contemporáneo bajo dos puntos específicos: la aplicación del sistema monista en materia constitucional derivado de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y la aplicación de los preceptos neoconstitucionalistas fundamentados en el Estado constitucional de derecho, considerando la tendencia de fortalecer una gobernanza acorde a las condiciones impuestas por la globalización actual.

REFERENCIAS

1. Aguilar, L. (2017). *Derecho Constitucional. Sistema Constitucional Mexicano*, 2ª ed., México: Grupo Editorial Patria.
2. Aldunate, E. (2010). Aproximación conceptual y crítica al Neoconstitucionalismo. *Revista de Derecho*, XXIII (1), pp. 79-102.
3. Andaluz, H. (2009). La estructura del sistema jurídico: las relaciones entre las fuentes del derecho en la Constitución vigente. *Revista de Derecho UNED* (5), pp. 39-81.
4. Arragoiz, F. (1968). *México desde 1808 a 1867*. México: Porrúa.
5. Bastidas, P. (2009). El modelo constitucional del Estado Social y Democrático de Derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso. *Revista VIA URIS* (7), pp. 45-59.
6. Beaud, O. (2001). Constitucionalismo. En P. Raynaud y S. Rials (eds.), *Diccionario Akal de Filosofía Política*. Madrid: Ediciones Akal, S.A.

7. Beck, U. (2000). *La democracia y sus enemigos*. Barcelona: Paidós.
8. Caminos, P.A. (2017). Una reconstrucción conceptual de la aplicación judicial de la constitución. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* (12), pp. 39-61.
9. Carbonell, M. (2003). Nuevos tiempos para el constitucionalismo. En M. Carbonell (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 9-10). Madrid: Trotta.
10. Carpizo, J. (2017). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). *Mundo del Trabajo. Información económica y social para dirigentes sindicales* 13 (125), pp. 25-28.
11. Chust, M. (1999). *La cuestión nacional americana en las Cortes de Cádiz (1810-1814)*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas.
12. Comanducci, P. (2009). Constitución y Neoconstitucionalismo. En P. Comanducci, M. Ahumada y D. González. *Positivismo jurídico y Neoconstitucionalismo* (pp. 85-122). Madrid: Fundación Coloquio Europeo.
13. Comanducci, P. (2002). Formas de (Neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico. *ISONOMÍA* (16), pp. 90-112.
14. Comanducci, P. (2000). Modelos e interpretación de la Constitución. En M. Carbonell (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. México: Porrúa. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
15. Corrêa Souza, F. y Streck, L.L. (2014). El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Reflexiones sobre la posibilidad de construir un derecho constitucional común. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (18), pp. 125-153.
16. Delgado, G.M. (2002). *Historia de México, Vol. I, El proceso de gestación de un pueblo*, 4ª ed., México: Pearson Educación.
17. Díaz, S. (2015). Rigidez constitucional. Un concepto toral. En M. Carbonell, H. Fix, y D. Valadés (coords.). *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional, Tomo IV, Vol. 1*, (pp. 551-587). UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
18. Estrada, R. (2010). El Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, Estudio preliminar, en Cámara de Diputados. Archivo General de la Nación, *Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana. Sancionado en Apatzingán al 22 de octubre de 1814*, (pp. 37-68). México: Testimonio Compañía Editorial.
19. Farrajoli, L. (2003). Pasado y futuro del Estado de Derecho. En M. Carbonell (coord.), *Neoconstitucionalismo (s)* (pp. 14-18). Madrid: Trotta.

20. Feo, I.O. (2003). Reflexiones sobre la globalización y su impacto sobre la salud de los trabajadores y el ambiente. *Ciência & Saúde Coletiva* 8 (4), pp. 887-896.
21. Fix-Fierro, H. (2017). La trascendencia de la Constitución de 1917. *Mundo del Trabajo. Información económica y social para dirigentes sindicales* 13 (125), pp. 3-12.
22. Galeana, P. (2013). El impacto de la Constitución de Cádiz en México. En D. Barceló y J.M. Serna de la Garza (coords.). *Memoria del Seminario Internacional: Conmemoración del Bicentenario de la Constitución de Cádiz. Las ideas constitucionales de América Latina* (pp. 243-251). México: UNAM, Senado de la República.
23. Galeana, P. (2017). Los constituyentes de 1856. *Historias. Ensayos*, (94), pp. 41-94.
24. García, A.M. (2002). *El ordenamiento constitucional. Un enfoque histórico y formal de la teoría de la Constitución y de las fuentes del Derecho*. San Vicente (Alicante): Editorial Club Universitario.
25. González, M. (2008). El Congreso Constituyente de Querétaro. 1916-1917. En Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (2008). *Ciclo de conferencias las constituciones mexicanas 1857-1917: aspectos políticos-electorales* (pp. 9-26). México: El Tribunal.
26. Guillén, H. (2000). La globalización del consenso de Washington. *Comercio Exterior* 50 (2), pp. 123-133.
27. Guastini, R. (2003). La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 49 y ss), Madrid: Trotta.
28. Häberle, P. (2003). *El Estado Constitucional*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
29. Habermas J. (1999). *La inclusión del otro*. Barcelona: Paidós.
30. Held, D. (2007). ¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política. en VVAA. *La globalización y el orden jurídico. Reflexiones contextuales* (pp. 69-85). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
31. Henderson, H. (2004). Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*. *Revista IIDH* (39), pp. 71-99.
32. Herrera, J. (2003). Fernando VII y la insurgencia mexicana: entre la máscara y el mito. En M. Tavira y J. Herrera (eds.). *Hidalgo contemporáneo. Debate sobre la Independencia* (pp. 83-116). Edición conmemorativa del CCL aniversario del natalicio de Miguel Hidalgo y Costilla, Morelia Mich.: Escuela Preparatoria “Rector Hidalgo”.

33. Ianni, O. (2006). *Teorías de la globalización*, 7ª ed., México: Siglo XXI editores.
34. Jiménez, W. G., Ramírez, C. y Roncancio, P. (2007). *Gobernabilidad y gobernanza en la transformación de la acción pública. Propuesta teórica y estudio de caso*. Bogotá: ESAP Publicaciones.
35. Jiménez, W.G. (2012). Constitucionalismo, Estado y territorio en el contexto de la globalización. *Civilizar* 12 (23), pp. 79-96.
36. Jiménez, W.G. (2011). Globalización del derecho. Aspectos jurídicos y derechos humanos. *Nova et Vetera* 20 (64), pp. 17-28.
37. Levitt, T. (1992). La globalización de los mercados. En R.D. Buzzel y J. A., Quench (eds.), *Administración de la mercadotecnia internacional* (pp. 190-198). Madrid: Addison Wesley Iberoamericana.
38. Orta, M.A. (2010). La Constitución como norma suprema y la supremacía de la Constitución nacional. *Revista Amicus Curiae* I (10), pp. 1-10.
39. Pérez, A. (2008). Reflexiones sobre constitucionalismo y derecho administrativo. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña (AFDUDC)*, (12), pp. 747-770.
40. Pérez, M.A. y García, E.I. (2011). 1911. Las primeras elecciones de un país en transición. *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Cuarta Época, 1(7), pp. 359-396.
41. Prieto, L. (2005). Voz Neoconstitucionalismo. En M. Carbonell (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional* (pp. 420-423). México: Editorial Porrúa. UNAM.
42. Rabasa, E.O. (coord.) (1990). *Nuestra Constitución. Historia de la libertad y soberanía del pueblo mexicano*. México: Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana.
43. SÁCHICA, L.C. (2002). *Constitucionalismo mestizo*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
44. Salazar, P. (2013). El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica). En L.R. González y D. Valadés (coords.). *El Constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo* (pp. 345-387). México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
45. Salazar, P. (2009). El constitucionalismo latinoamericano ante el paradigma neoconstitucionalista: retos desde la realidad política a una teoría progresista. *Revista Internacional de Filosofía Política*, (34), pp. 181-191.
46. Salcedo, A. (2014). El constitucionalismo en México. *Alegatos*, (88), pp. 507-530.

47. Sánchez, R. (1997). La impronta de Don Mariano Otero en el Acta de Reformas de 1847, en Suprema Corte de Justicia de la Nación. *La actualidad de la defensa de la Constitución. Memoria del Coloquio Internacional en celebración del Sesquicentenario del Acta de Reformas Constitucionales de 1847, origen federal del juicio de amparo mexicano* (pp. 309-332), México: UNAM.
48. Scholte, J.A. (2007). Definiendo la globalización. *CLM. Economía: Revista Económica de Castilla* (10), pp. 15-63.
49. Serna de la Garza, J.M. (2013). Influencia de la Constitución de Cádiz en México. En D. Barceló y J.M. Serna de la Garza (coords.), *Memoria del Seminario Internacional: Conmemoración del Bicentenario de la Constitución de Cádiz. Las ideas constitucionales de América Latina* (pp. 321-333). México: UNAM. Senado de la República.
50. Soberanes, J.L. (1992). *El Poder Judicial Federal en el siglo XIX*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
51. Sousa De, B. (1987). Law: A map of misreading: Toward a post-modern concept of Law. *Journal of Law and Society* 14 (3), pp. 279-302.
52. Stiglitz, J.E. (2002). *El malestar en la globalización*. México: Taurus.
53. Torre, de la, E. (2005). La Constitución de 1824. En D. Valadés y D.A. Barceló (coords.). *Examen retrospectivo del Sistema Constitucional Mexicano. A 180 años de la Constitución de 1824*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
54. Tórtora, H. (2015). Los derechos sociales en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. *Revista de Derechos Fundamentales* (13), pp. 109-133.
55. Uprimny, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos. En C. Rodríguez (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI* (pp. 109-138). Buenos Aires: Siglo XXI.
56. Uribe, E. (2002). *El Tribunal Constitucional*. México: Universidad Autónoma del Estado de México.
57. Velasco, N. (2016). Constitucionalismo y Estado Social de Derecho en Colombia. *Diálogos de Saberes*, (45), pp. 49-65.
58. Viciano, R. y Martínez, R. (2011). Fundamento teórico del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. En R. Viciano (ed.). *Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano* (pp. 307-328). Valencia: Tirant lo Blanch.
59. Viciano, R. y Martínez, R. (2010). ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada? Ponencia presentada en el VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de

Derecho Constitucional, p. 18. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>.

60. Vigo, R. (2012). Derecho y moral en el estado de derecho constitucional (proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo clásico). *Prudentia Uris* (74), pp. 57-78.
61. Vila, I. (2009). *Fundamentos de derecho constitucional contemporáneo*, 2ª. Ed., Bogotá: Editorial Legis.
62. Villar, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Revista Derecho del Estado* (20), pp.73-96.
63. Zagrebelsky, G. (2008). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

La responsabilidad médica en las constituciones de México y Perú

Medical responsibility in the constitutions of México and Perú

ALMA DE LOS ÁNGELES RÍOS RUIZ*

Resumen

El objetivo del estudio es explorar la responsabilidad médica en México y Perú, por medio de analizar el marco legal de ambos países, con la finalidad de conocer su impacto en el derecho a la salud. Metodológicamente se utilizan diversas fuentes en las que se incluyen leyes, códigos penales y civiles. Entre los principales resultados destaca el que, en México, la conciliación es el medio más eficaz para resolver los casos de responsabilidad médica por lo que es importante motivar la cultura de la conciliación como instrumento jurídico en las demandas por mala praxis médica. Dichos resultados llevan a concluir que es necesario la formación médica adecuada, tanto en la materia como en la ética, el entrenamiento en medicina bioética y legal para los médicos, y la creación o intervención de los comités de Ética hospitalaria, lo cual contribuiría a evitar actos médicos susceptibles de acciones legales.



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

Palabras clave

Responsabilidad médica, Principios y valores éticos, Mala praxis, Responsabilidad jurídica.

Abstract

The objective of the study is the explore the medical responsibility in Mexico and Peru by means of analyzing the legal framework of both countries, with the purpose of knowing its impact on the right to health, in order to know its impact on the right to health. Methodologically in research various sources that will include laws, criminal and civil codes were used. Among the main results is that, in Mexico, conciliation is the most effective means to resolve cases of medical responsibility so, it is important to motivate the culture of conciliation as a legal instrument on demands for medical malpractice. These results lead to conclude that adequate both in matter and ethics medical training is necessary, training in medical bioethics and legal for doctors, and the creation or intervention of hospital ethics committees, which would help to avoid medical acts liable to legal action.

Key words

Medical liability, Ethical principles and values, Malpractice, Legal responsibility.

INTRODUCCIÓN

La mala praxis médica en México y en Perú representa un problema que no sólo violenta el derecho a la salud, sino también jurídico, ya que el incremento de las demandas, además de ser costoso en tiempo y dinero, frena la expedita resolución en cuanto a los casos de responsabilidad médica.

Como menciona Málaga (2014), “el ejercicio de la profesión del médico cirujano, por su complejidad, por su especial responsabilidad en defensa de la vida y en el proceso de atención de salud de la persona, resulta esencial para el desarrollo económico, social y la productividad nacional” (p. 803). De tal manera, que el trabajo del médico es un conjunto de acciones altamente especializadas que requiere de su decisión profesional y de la más alta responsabilidad moral y legal, en el proceso de atención integral de salud que se dirige a la persona, la familia y la comunidad.

La valorización del trabajo del médico cirujano se basa en su contribución social, económica, científica y humana al desarrollo del país. El rol de la medicina se orienta al respeto a la vida y al logro de la más alta calidad de ésta. Se fundamenta en el reconocimiento de la dignidad, la autonomía y la integridad de las personas. Es una profesión científica y humanista, cuya misión es promover y preservar la salud, así como aliviar y reconfortar ante la enfermedad, consolar al enfermo y sus allegados ante el sufrimiento, la agonía y la muerte.

Ante esto, los principios y los valores éticos deben ser vistos como pretensiones sociales y personales que impacten en el ejercicio profesional de la medicina. Sobre todo, dichos principios se deben llevar a cabo a través de preceptos de beneficencia, lo cual consiste en la búsqueda de un bienestar para el paciente, tratando de evitar en la medida de lo posible que se produzca cualquier forma de daño o lesión (Moncada, 2017).

ACTIVIDAD MÉDICA

El ejercicio de la Medicina implica tomas de decisiones importantes, sobre todo cuando se presentan situaciones de vida o muerte de un paciente. Ante circunstancias críticas el médico no se detiene a examinar si sus acciones pueden implicar consecuencias legales, dado que esto podría terminar siendo perjudicial para el paciente (Arellano, 2010). Dado lo anterior, el médico puede justificar ciertos errores que no serán reprochables (ética y legalmente) si es que éste ha tratado al paciente con los medios adecuados, con los conocimientos actuales y siguiendo las normas que su deber le imponen.

A pesar de todo siempre surgirá la duda en si el médico realizó todo lo que estuvo a su alcance, lo cual puede abrir una sospecha que justifique una acción judicial contra éste. Es por ello, que es importante comprender que, si bien el derecho a la salud es un derecho inherente al ser humano, muchas veces éste se

confunde con un derecho a la curación, ya que el paciente cree que el derecho al tratamiento forzosamente debe involucrar un resultado positivo.

Ponce (2018) señala que en las actuales circunstancias y ante la proliferación de denuncias o demandas por mal praxis o negligencia, es necesario una adecuada profilaxis para prevenir un gran número de estas acciones y evitar la tendencia creciente, que le quitará al médico toda voluntad de asumir responsabilidades. De esta manera, se impulsaría el pasar la *carga* a otro para así evitar el desarrollo de una psicosis de miedo y una tendencia a mezclar riesgos legales con riesgos legítimos, propios de la medicina. Este autor también menciona que, aunque esto parece tener la intención de eludir una responsabilidad en realidad es todo lo contrario, puesto que el ejercicio de la medicina significa un riesgo, pero un riesgo que tiene doble presupuesto de sustentación: ético y científico, que protegerán al médico de reclamos temerarios.

MALA PRAXIS MÉDICA

Existirá mala praxis médica cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencias de un accionar profesional realizado con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo con apartamiento de la normativa legal aplicable (Iraola, 2018).

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

La responsabilidad profesional médica es la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios e involuntarios incluso, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión.

Gamboa & Valdés (2015, p. 12) indica que el médico es sujeto de responsabilidad jurídica cuando actúe con negligencia, impericia y/o imprudencia:

- a. La negligencia es el incumplimiento de los elementales principios inherentes al arte o profesión; esto es, que sabiendo lo que se debe hacer, no se hace, o la inversa, que sabiendo lo que no se debe hacer, se hace.
- b. La impericia, por su parte, es la falta de las habilidades o los conocimientos técnicos básicos e indispensables que se deben poseer obligatoriamente en determinada arte o profesión.
- c. La imprudencia es afrontar un riesgo sin haber tomado las debidas precauciones para evitarlo, procediendo con apresuramiento innecesario, sin detenerse a pensar los inconvenientes que resultarán de esa acción u omisión. Imprudencia es el ir o llegar más allá de donde se debió.

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN LA CONSTITUCIÓN DE MÉXICO

La responsabilidad médica en México puede ser de tipo administrativa, civil y penal, y ser aplicables al mismo tiempo, es decir, son independientes unas de otras y por ello, pueden ser demandadas o juzgadas por una o las tres formas:

LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Se adquiere cuando se infringe la Ley General de Salud y/o sus reglamentos y demás disposiciones, independiente de que se cause o no un daño a la salud del paciente. Ésta no se limita únicamente a los médicos profesionistas, sino que incluye a las instituciones, técnicos o auxiliares de la salud.

De acuerdo con la Ley General de Salud, 1984, artículo 417 “las sanciones por responsabilidad administrativa en su artículo 417 establece que podrán ser por amonestación con apercibimiento, multa, clausura temporal o definitiva, que podrá ser total o parcial y arresto hasta por treinta y seis horas” (Secretaría de Salud). El artículo 418 establece que la autoridad competente deberá fundar su resolución con base en los daños que hayan producido o puedan producirse en la salud de las personas, la gravedad de la infracción, las condiciones socioeconómicas, la reincidencia y el beneficio obtenido por el infractor como resultado de la infracción. También, para el caso de médicos servidores públicos podrán ser sancionados por lo dispuesto en la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, que consiste en la destitución y/o inhabilitación del cargo público.

En la responsabilidad administrativa se inicia con una queja, para lo cual se integra un expediente del quejoso. Puede haber lugar a una conciliación. De no ser así, continuará el procedimiento, emitiéndose finalmente una resolución. Dicha resolución puede liberar de responsabilidad al prestador de servicios de salud; en caso contrario, se emitirá una recomendación, o una sanción, que puede ser suspensión, destitución o inhabilitación temporal o definitiva para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público, cuando es un servidor público el que comete la falta, así como sanción económica o pago de daños y perjuicios, en los demás casos.

Cabe señalar que, en México, el elemento fundamental para determinar tanto la responsabilidad penal, civil y administrativa es el diagnóstico médico (Amparo en revisión 117/2012, 2012a), ya que el médico para su elaboración debe tomar en consideración todos los medios que suelen ser utilizados en la práctica y en la ciencia médica (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro: 2002570, 2013a).

LA RESPONSABILIDAD PENAL

Existe responsabilidad penal cuando en el ejercicio médico se comete algún delito de acuerdo con el Código Penal y la Ley General de Salud, así como sus diversos

ordenamientos referentes al ejercicio profesional. De acuerdo al Código Penal Federal, el artículo 228 establece que los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso: además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia; y estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos (Código Penal Federal, 1931).

El proceso se inicia ante el Ministerio Público, donde se elabora una denuncia de hechos, y existe la posibilidad de la privación de la libertad durante el proceso jurídico. La sanción por asuntos que implican la comisión de un delito puede consistir en privación de la libertad y/o suspensión en el ejercicio de la profesión.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Se refiere a la obligación de reparar el daño causado a otro; cuando surge de un obrar ilícito o contrario a las buenas costumbres se le denomina responsabilidad subjetiva o por hecho ilícito; cuando el daño resulta del uso permitido por la ley de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismas, se denomina responsabilidad objetiva o de riesgo creado.

Cuando hablamos de responsabilidad civil del médico, nos referimos a la obligación legal de la reparación económica del daño causado por una “mal praxis” médica. Conforme a nuestra legislación sanitaria, si un prestador de servicios de salud causa algún daño indebido a su paciente por no apegarse a la *lex artis*¹ exigida para el caso concreto, incurre en responsabilidad civil por “mal praxis” médica.

Conforme a la legislación civil, el Código Civil Federal, 1928, art. 1910 también establece que el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima. En tanto que el Código Civil Federal, 1928, artículo 1915 establece que la reparación del daño debe consistir en elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades señaladas en la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte, la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima. Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes (Código Civil Federal, 1928, art. 1915).

¹ *Lex artis* médica es el conjunto de reglas para el ejercicio de la medicina contenidas en la literatura universalmente aceptada, en las cuales se establecen los medios ordinarios para la atención médica y los criterios para su empleo.

Cabe señalar que, en México, el elemento fundamental para determinar tanto la responsabilidad penal, civil y administrativa es el diagnóstico médico (Amparo en revisión 117/2012, 2012b); ya que el médico para su elaboración debe tomar en consideración todos los medios que suelen ser utilizados en la práctica y en la ciencia médica (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro: 2002570, 2013a).

LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Las controversias suscitadas por una presunta responsabilidad civil médica pueden dirimirse de las siguientes dos formas:

1. Por la vía jurisdiccional:

En este caso la autoridad competente será, generalmente, un juez civil de primera instancia, que deberá resolver la controversia atendiendo a la legislación civil de la Entidad Federativa a la que pertenezca. Normalmente, en estas controversias, el demandante exige el pago de los daños y perjuicios ocasionados por la atención médica y que trajeron como resultado presuntamente, un daño físico, o bien, un daño moral. Si con las pruebas aportadas en el procedimiento se acredita la responsabilidad del facultativo, el juez de la causa condenará al resarcimiento de los daños sufridos. Para ello y cuando se trate de daño moral, el juez fijará la indemnización tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del médico, y la de la víctima, es decir, en este caso la indemnización se fija tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto. En cambio, cuando el daño traiga como resultado la muerte u ocasione alguna lesión que incapacite permanente o temporalmente al paciente, entonces el monto de la indemnización se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo, que es la que establece la suma que deberá pagarse por cada tipo de enfermedad o lesión sufrida. Estas controversias están sujetas a los plazos y recursos que establece la ley adjetiva civil correspondiente, por lo que, usualmente, los tiempos de respuesta son prolongados.

2. Mediante una amigable composición:

Los procedimientos de conciliación y arbitraje llevados a cabo ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, teniendo como fundamento dicha Comisión para tramitarlos el Reglamento de Procedimientos para la Atención de Quejas Médicas. En el momento en que se fueron incrementadas las denuncias por responsabilidad médica, durante los últimos años, se hizo patente la necesidad de crear en México un órgano que, de manera alterna, diera solución a estas controversias. El objetivo principal que se perseguía con su creación era disminuir los tiempos de respuesta para los profesionistas médicos y para los usuarios, toda vez que los procesos judiciales en que se ventilan estos litigios suelen ser costosos y prolongados. Además, era necesario reducir la carga de trabajo, tanto de los juzgados civiles y penales como de la Comisión Nacional de Derechos Humanos que, hasta ese momento, eran los únicos competentes para conocer de estos asuntos.

En 1996 entró en vigor el decreto por el cual se creó la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED), que empezó a funcionar a partir del 10 de junio siguiente. Al año de su creación, la CONAMED demostró ser un mecanismo eficaz

para la atención de las quejas de los pacientes o de sus familiares resolviendo la mayoría de éstas a través de la conciliación (Sánchez, 2001).

Este organismo ha logrado incrementar la confianza entre los médicos y los pacientes quienes, con más frecuencia, solicitan y aceptan la intervención de la comisión para la búsqueda de solución a las controversias vinculadas con los actos médicos.

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN LA CONSTITUCIÓN DE PERÚ

Praxis y mal praxis:

El primer aspecto surge de la relación médico-paciente y el segundo se inicia en la Universidad a lo que se agrega el Postgrado, labor del Colegio Médico del Perú y de la Sociedad Médica respectiva.

Iraola (2018b) menciona que cuando se violan las normas del adecuado ejercicio profesional queda configurado la mal praxis, la cual se define como “el uso indebido por parte del Médico de los servicios a que está obligado en su relación profesional con su paciente, generando un perjuicio o violando las normas establecidas”.

Partes:

- a. El médico deja de cumplir con su deber (Deber de cuidados).
- b. Causa un perjuicio definido al paciente por violar una norma establecida.

El no ceñirse a las normas establecidas (originándose un perjuicio) hace al médico responsable de su conducta y de los daños que ocasiona, estos delitos pueden ser dolosos (intencionales) o culposos.

Cuando los actos médicos son dolosos, normalmente de los designa como mal praxis: Aborto, Certificados Falsos, Hospitalización Forzada o Intervenciones Quirúrgicas no recomendadas.

Vera (2013) señala que cuando el médico a través de un acto propio de su actividad y en relación causal y con culpa produce un daño determinado en la salud de un individuo se lo denomina: Responsabilidad Médica.

Responsabilidad Jurídica:

El juzgamiento de la conducta responsable del médico se hace a través de normas o sanciones represivas (ilícito penal) o Normas o Sanciones indemnizatorias o reparatoras (daño que debe ser saldado y/o compensado en lo civil).

A. Penal: existen dos presupuestos para considerar responsable a un médico:

- a. La existencia de culpa o dolo
- b. La conducta del médico produce daño físico, psíquico, patrimonial o espiritual, es decir, que exista una relación de causalidad entre el Acto Médico y el resultado.

Factores:

- Reparación del agravio moral.
- Agravamiento de la responsabilidad, cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas; será juzgado con mayor severidad un Especialista que un Médico General o un recién recibido u otro que actúa en un medio sin la totalidad de los recursos adecuados.

B. Civil: serán responsables:

- a. Los daños inferidos al cuerpo o la mente,
- b. La violación del secreto profesional y del deber de reserva en cuanto a la intimidad el paciente y/o familiares.
- c. Toda conducta contraria a las normas de Asistencia Médica.
- d. Actos ilícitos: aborto, lesiones, homicidios, etc.

Responsabilidad Profesional:

Cuando el profesional por culpa, impericia, imprudencia, negligencia, etc. ha ocasionado un daño en la persona que ha requerido sus servicios.

La Responsabilidad se inicia con el juramento (Declaración de Ginebra) de un buen desempeño de la profesión desde la Inscripción en el Colegio Médico del Perú (CMP) y en relación con el cliente (paciente) es de naturaleza contractual, existiendo algunos casos de naturaleza extracontractual.

La Responsabilidad Médica es una variedad de la Responsabilidad Profesional.

Responsabilidad Jurídica:

Es la obligación de las personas imputables de dar cuenta ante la justicia por los actos realizados contrarios a la Ley y sufrir las consecuencias legales.

Responsabilidad Médica:

Es la obligación de los médicos dar cuenta ante la sociedad por los actos realizados en la práctica profesional, cuya naturaleza y resultados sean contrarios a sus deberes, por incumplimiento de los medios y cuidados adecuados en la asistencia al paciente, pudiendo adquirir a veces relevancia jurídica.

La relación médico paciente no es más de subordinación y se da entre sujetos que juntos deben de participar en la toma de decisiones con la finalidad de rehabilitar, recuperar, prevenir o promover la salud de las personas. Esta nueva circunstancia de desarrollo del acto médico nos plantea cambios en la gestión de los servicios de salud y en los procesos de intervención quirúrgica y en el itinerario terapéutico que debe realizar la persona. Estos cambios se han visto reflejados en la Ley General de Salud, pero no basta la norma, también es necesario el compromiso de los diferentes actores involucrados en el ejercicio del acto médico para elevar la calidad de éste.

La protección Jurídica de la Salud y el respeto a la Dignidad Humana son las coordenadas básicas que regulan las cuestiones comprendidas dentro de la Responsabilidad Médica. En Perú se rige por la Ley N.º 26842, Ley General de Salud de

1997 y por las Declaraciones de la Asociación Médica Mundial y el Colegio Médico del Perú.

En esa línea, la Ley N.º 26842, Ley General de Salud, señala en su artículo 36 que los profesionales, técnicos y auxiliares son responsables por los daños que ocasione un proceder negligente, imprudente e imperito de sus actividades, y el artículo 48 de la misma ley, manifiesta que los establecimientos de salud son solidariamente responsables por dichos daños.

La Ley General de Salud, Ley N.º 26842, aborda de manera frontal el tema en su artículo 48, según el cual “el establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en éste con relación de dependencia. Es exclusivamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente por no haber dispuesto o brindado los medios que hubieren evitado que ellos se produjeran, siempre que la disposición de dichos medios sea exigible atendiendo a la naturaleza del servicio que se ofrece”.

La norma se basa específicamente en el primer supuesto de la Responsabilidad civil subjetiva y condiciona la solidaridad del establecimiento médico a que exista culpa de parte del personal médico. Empero, en el segundo supuesto se refiere a los daños y perjuicios que se ocasiona al paciente por no haber dispuesto o brindado los medios que hubieren evitado que ellos se produjeran, esto es infraestructura adecuada, material idóneo y equipo médico en general óptimo, para el tratamiento del paciente. Aquí la responsabilidad es directamente del centro asistencial, quedando exonerado el galeno de responsabilidad. Lamentablemente, no se contemplan de manera expresa supuestos de responsabilidad de la organización hospitalaria, tales como protocolos médicos desactualizados, ausencia de normas de bioseguridad o supervisión del cumplimiento de las normas técnicas médicas referidas a la seguridad del paciente, sin embargo, vía interpretación del segundo párrafo se puede alcanzar dichos eventos adversos.

Recordemos que el paciente no sólo tiene derecho a recibir tratamiento inmediato sino una reparación por los daños causados en el establecimiento de salud o servicios médicos de apoyo, de conformidad con el artículo 1º de la Ley N.º 29414, Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud. El tantas veces esgrimido artículo 1762 del Código Civil que a la letra dice “si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable” debe tomarse con pinzas puesto que en el ámbito médico sólo será válido en situaciones excepcionales como experimentos médicos, tratamientos médicos experimentales o en estado de necesidad extremo previo consentimiento del paciente, y no en casos en que la experiencia médica estadísticamente arroja que son asuntos técnicos ordinarios y no de especial dificultad para el médico especialista.

De acuerdo con Carhuatocto (2010), el enfoque de responsabilidad civil subjetiva se ha extendido al ámbito administrativo como se aprecia del Decreto Legislativo N.º 1045230, Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor, el cual hace referencia a los servicios médicos en establecimientos de salud, disponiendo en su artículo 23 que: “El establecimiento de salud es responsable solidario por las infracciones a la Ley de Protección al Consumidor generadas por el ejercicio

negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, de los técnicos o de los auxiliares que se desempeñan en el referido establecimiento”.

Consecuentemente, en los casos de prestaciones de servicios de salud si los médicos actúan diligentemente con la pericia técnica exigible, no existirá una conducta antijurídica, pues se entenderá que cumplieron su obligación como médicos independientemente del hecho de si obtuvieron o no éxito. Entonces, en un caso de responsabilidad por mala praxis médica, debe poder determinarse si el médico actuó de modo diligente o no.

Ahora bien, por regla general quien afirma un hecho se encuentra en la obligación de probarlo –y así lo establece el artículo 196 del Código Procesal Civil en lo que procesos judiciales se refiere–; sin embargo, en los casos de responsabilidad civil derivada de la praxis médica, existe consenso en la doctrina y jurisprudencia de que dicha carga probatoria se invierta y que sea el médico quien deba acreditar que no ha tenido una conducta antijurídica; es decir, que actuó con la diligencia debida. Es en ese punto que la Historia Clínica cobra vital importancia.

En concordancia con el artículo 29 de la Ley General de Salud, la Historia Clínica es un documento médico-legal que debe contener de modo veraz y suficiente las prácticas y procedimientos aplicados al paciente para resolver el problema de salud diagnosticado; es decir, es el documento idóneo para acreditar técnicamente cuál fue la labor del médico y cómo se realizó la misma.

Sobre la base de lo antes señalado, debemos consultarnos, ¿Bastará que quien acusa haber sufrido una negligencia médica se limite a presentar el daño sufrido para dejarle al médico el trabajo de acreditar que actuó con la diligencia debida? Si bien ello es posible e incluso resulta ser lo más común, no corresponde a la estrategia litigiosa recomendable, pues dicho facilismo podría traducirse en un resultado desfavorable para el paciente-denunciante. En efecto, no resulta favorable otorgarle pleno control de acreditar si actuó o no con diligencia, justamente, a quien tiene intereses opuestos a quien los denuncia; en ese punto, confiar en la colaboración del médico denunciado no sería recomendable, pues es difícil creer que reconocerá su culpa en caso la tuviera.

Entonces, a pesar de que la carga probatoria de la diligencia la tenga el médico tratante, resulta importante que el paciente aporte pruebas que acrediten la comisión de un acto negligente y no se limite a denunciar que se le ha ocasionado un daño. Ello es posible a partir del estudio de la Historia Clínica, de los protocolos y diagnósticos del caso en concreto, de la revisión de doctrina médica especializada y de una revisión pericial que audite la labor del médico.

De procederse de ese modo, el médico no sólo deberá de cumplir la labor de acreditar su diligencia a partir de lo señalado en la Historia Clínica, sino que además se verá obligado a defenderse de las imputaciones concretas de actos de negligencia que haya efectuado el paciente-denunciante con el sustento correspondiente, lo que implicará que el control de la prueba no la posea de modo exclusivo el médico. Por otro lado, en la posición del médico que deba defenderse de una acusación de mala praxis, resulta infructuoso la referencia a casos, diagnósticos y procedimientos que no se relacionen al caso concreto del paciente-denunciante; es decir, resulta improductiva toda referencia que no conste en la Historia Clínica y/o informes médicos que pudieran haberse emitido. Es por ello, que la labor del médico de probar su diligencia se inicia mucho antes de la imputación de responsabilidad por parte de un paciente-denunciante, pues desde que se tiene el primer contacto con el paciente, el médico debe registrar con sumo detalle toda su labor en la propia Historia Clínica.

En este punto, debemos señalar que si bien el artículo 29 de la Ley General de Salud señala que “la información mínima, las especificaciones de registro y las características de la historia clínica manuscrita o electrónica se rigen por el Reglamento de la presente Ley”, la referida ley no se ha reglamentado hasta la fecha, por lo que no existen propiamente ‘directivas’ respecto al correcto llenado de las Historias Clínica que tengan como objetivo poder contar con información mínima que permita revisar la labor de los médicos (Manrique, 2016). Ciertamente lo más cercano al establecimiento de ‘parámetros’ que debe seguirse en el registro de las Historias Clínicas, está dado por la expedición de resoluciones ministeriales por parte del Ministerio de Salud, que son en la práctica una especie de sugerencias por parte de dicho ministerio y cuyo objetivo es en verdad uniformizar los registros.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

El Código Civil de 1984 establece un sistema dual de responsabilidad, manteniendo como ámbitos separados la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual. La terminología hace suponer que el criterio distintivo de estos dos tipos de responsabilidad es el contrato; sin embargo, el criterio utilizado por el Código sustantivo para distinguir las dos zonas de la responsabilidad civil es la relación obligacional y no el contrato, por lo cual debería hablarse correctamente de “responsabilidad obligacional” y de “responsabilidad extraobligacional” (García, 2015).

Responsabilidad obligacional es la que genera la obligación de reparar el daño, por el incumplimiento de un deber jurídico específico y previamente establecido, denominado “relación jurídica obligatoria”; en tanto que la responsabilidad extraobligacional será consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico genérico (no causar daño a los demás), sin que exista entre los sujetos ningún vínculo obligacional previo.

La responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional. Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de responsabilidad contractual, y dentro de la terminología del Código Civil peruano de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad civil extracontractual.

En la actualidad no existe controversia en cuanto a que, como regla general la responsabilidad del prestador de salud frente al paciente es de tipo contractual. Ello porque la realidad de los sucesos muestra la prelación del contrato de asistencia médica respecto de la atención del paciente, fenómeno verificable en la mayoría de los casos, siendo excepcional la extracontractualidad de la responsabilidad del galeno.

De acuerdo con lo visto, en las sentencias de jueces peruanos, se aprecia un notable desconocimiento de lo elemental en materia de responsabilidad civil con la consecuencia perniciosa para las víctimas de los daños de negligencia médica (Cieza, 2011). Situaciones como la no distinción entre responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva que se acumulan de manera promiscua, o el no poder distinguir que la responsabilidad civil médica tiene naturaleza contractual en casos tan claros como la asistencia o la prestación de servicios por parte de una clínica, grafican lo antedicho sobre la carencia de sustento jurídico de las sentencias nacionales. En el mismo sentido, desconocer el significado del artículo 1762 del Código Civil referido a la solución de asuntos profesionales o problemas técnicos de especial dificultad y su correcta o razonable aplicación son situaciones que deben ser corregidas y enmendadas por la judicatura nacional.

Si a lo antes descrito, que son criterios básicos en la materia de responsabilidad civil de los profesionales y de los médicos en particular, le sumamos el tiempo que demora un proceso judicial o arbitral, la dificultad probatoria de los damnificados, el desconocimiento y hasta la indiferencia para hacer un esfuerzo al momento de cuantificar los daños no patrimoniales por parte de los magistrados, el panorama se vuelve aún más desolador para las víctimas de los daños médicos y contra los propios médicos que ven en el proceso un tortuoso camino.

LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN EL ECUADOR

La Constitución Política del Ecuador, en el artículo 54, establece las responsabilidades civil y penal de las personas y entidades que prestan servicios públicos y en el artículo 363, establece las responsabilidades del estado sobre la salud a lo largo de 8 literales.

El artículo 54 de la Constitución Política se refiere en general a las personas o entidades que presten servicios públicos y se hace referencia a la mala práctica en el ejercicio de su profesión, lo que claramente determina que la práctica médica debe atender a esta responsabilidad establecida en la Constitución. Asimismo, el artículo 361 describe la obligación del estado para ejercer la rectoría del sistema a través de la autoridad sanitaria nacional, y el 362 identifica los actores del servicio público y las características fundamentales: “seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes. Los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios”.

La gratuidad y universalidad de los servicios públicos estatales de salud es una realidad sólo en el papel, porque los familiares deben adquirir la mayoría de insumos y medicamentos para la atención de los pacientes en una entidad pública. Esto se ratifica a diario cuando vemos en televisión las ayudas económicas que se solicitan para la atención de pacientes.

El Código Penal del Ecuador (art. 14 y 15) señala en forma general que las infracciones de responsabilidad culpable pueden ser consideradas en el ámbito médico cuando no se ha dado cumplimiento a las normas y reglamentos o en el caso de negligencia, imprudencia o impericia. En el Código Penal del Ecuador se describen cuáles son los delitos y las faltas que se pueden cometer como consecuencia de la

actividad médica, así como sus correspondientes sanciones, específicamente para los casos de aborto no consentido (art. 441), aborto preterintencional (art. 442), aborto consentido (art. 443), aborto voluntario consentido (art. 444), aborto letal (art. 445), aborto efectuado por profesional de la salud (art. 446), y las condiciones del aborto terapéutico y eugenésico (art. 447). Consideramos que la vida debe ser protegida desde la concepción y nuestras leyes han establecido claramente las sanciones por los delitos de aborto. Lo que la ley no ha establecido es el derecho a la objeción de conciencia por parte del médico, cuando en casos de aborto terapéutico o eugenésico, los principios éticos y morales individuales serán los que determinen si determinado médico acepta o no la realización del procedimiento abortivo.

Es responsabilidad de la autoridad sanitaria nacional en el Ecuador el artículo 199 de la Ley Orgánica de la Salud se señala que “corresponde a la autoridad sanitaria nacional la investigación y sanción de la práctica ilegal, negligencia, impericia, imprudencia e inobservancia en el ejercicio de las profesiones de la salud, sin perjuicio de la acción de la justicia ordinaria”.

Este artículo establece no sólo la investigación y sanción por parte de la autoridad sanitaria nacional, sino también abre campo para la acción de la justicia ordinaria. De hecho, cada vez con más frecuencia se denuncian supuestos casos de mala práctica médica, que son investigados por la fiscalía. Aquí debemos anotar que se refieren al “ejercicio de las profesiones de la salud”. Pero no hay que olvidar la práctica de las medicinas tradicionales y alternativas plenamente reconocida en la Ley Orgánica de la Salud, en sus artículos 189 al 192, respecto a la cual el artículo 191 señala que “la autoridad sanitaria nacional implementará procesos de regulación y control para evitar que las prácticas de las medicinas tradicionales atenten a la salud de las personas”.

No obstante, las sanciones apuntan exclusivamente a los profesionales de la salud. Otros artículos de la misma ley prevén otros casos susceptibles de sanción: amparar con un título a personas no autorizadas (art. 200), generar daño al paciente por impericia, imprudencia, negligencia o inobservancia (art. 202).

Amparo al paciente en situaciones de emergencia, infracciones y sanciones. La Constitución (art. 365) establece que, por ningún motivo, los establecimientos públicos o privados ni los profesionales de la salud negarán la atención de emergencia.

Varias leyes amparan al paciente en situación de emergencia y establecen sanciones a las infracciones por inobservancia en el cumplimiento de las normas, impericia en la actuación del profesional de la salud con falta total o parcial de conocimientos técnicos o experiencia, imprudencia con omisión del cuidado o diligencia exigible, y negligencia con omisión o demora injustificada en su obligación profesional. Debemos anotar que, en relación con las infracciones en la práctica médica, se encuentra vigente la Ley Reformada y Codificada de la Federación Médica Ecuatoriana para el Ejercicio, Perfeccionamiento y Defensa Profesional, la misma que señala las funciones y atribuciones del Tribunal de Honor para juzgar y establecer sanciones (art. 22-26).

Aplicación de la ley como podemos ver, en el Ecuador existe legislación en la Constitución Política, el Código Penal, la Ley Orgánica de la Salud, la Ley de Derechos y Amparo del Paciente, el Código de la Salud, Ley del Anciano y la Ley Reformada y Codificada de la Federación Médica Ecuatoriana para el Ejercicio, Perfeccionamiento y Defensa Profesional, que establecen los derechos y deberes del Estado, de las instituciones y de los profesionales de la salud para la atención de los pacientes.

LA FORMACIÓN DEL MÉDICO EN LATINOAMÉRICA

Existe cierta diversidad en la denominación oficial que los países dan a la titulación de Medicina: Médico (Argentina, Bolivia, Brasil); Médico-cirujano (Chile, Colombia, Guatemala, Perú y Venezuela); Médico General (Ecuador); Médico General Integral Comunitario (Venezuela); Doctor en Medicina (El Salvador, República Dominicana y Uruguay); Doctor en Medicina y Cirugía (Honduras y Panamá).

La carrera de Medicina dura, en la mayoría de los países, 6-7 años; 5 en algunas Facultades de Panamá y 8 en El Salvador, Honduras y Uruguay. En ciertos países se requiere el Servicio Social Obligatorio (generalmente de 1 año de duración) para la titulación, y en otros para el ejercicio profesional como médico general o para el acceso al posgrado.

©Meta-perfil de Tuning América Latina.

- a. El médico general egresado de las universidades de Latinoamérica debe ser un profesional integral con formación científica, ética, humanística y con responsabilidad social.
- b. Poseer habilidades básicas en una segunda lengua y gestiona su formación continua.
- c. Entender el proceso salud-enfermedad desde los determinantes de salud y ejecuta acciones de promoción, prevención, atención, rehabilitación y cuidado paliativo al individuo, la familia y la comunidad, desde su diversidad cultural, en los niveles y ámbitos de atención nacionales e internacionales, en concordancia con el perfil epidemiológico y la evidencia científica disponible.
- d. Trabajar en equipo, participar efectivamente en el sistema de salud, acorde con el marco legal vigente, a través de la comunicación con el paciente, su familia, el equipo de salud y la sociedad en la búsqueda de la calidad de la atención.

No todos los países han avanzado en la construcción de una normativa legal que permita sancionar la negligencia en la mala práctica profesional. En países como Colombia, Venezuela, Uruguay, su legislación no sanciona a la mala praxis de los profesionales. En caso de muerte de alguien, derivada de una mala praxis, se puede aplicar la figura del homicidio no culposo.

Ejemplo de lo anterior es lo siguiente:

Cuadro 1. Comparativo de las constituciones en México y Perú

País	Derecho a la salud	Mala praxis médica
México	El artículo 4 constitucional consagra que toda persona tiene derecho a la protección de la salud.	<i>Código penal</i>
		El artículo 328 del Código Penal del Distrito Federal especifica que el médico o enfermera que suministre un medicamento evidentemente inapropiado en perjuicio de la salud del paciente, se le impondrán de seis meses a tres años de prisión, de cincuenta a trescientos días multa y suspensión para ejercer la profesión u oficio por un lapso igual al de la pena de prisión impuesta.
		<i>Código civil</i>
		El artículo 2615 del Código Civil del Distrito Federal establece que el que preste servicios profesionales, sólo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito.
Perú	El artículo 7 expresa que todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.	<i>Código penal</i>
		Artículo 123. Lesiones preterintencionales con resultado fortuito. Cuando el agente produzca un resultado grave que no quiso causar, ni pudo prever, la pena será disminuida prudencialmente hasta la que corresponda a la lesión que quiso inferir.
		<i>Código civil</i>
		Artículo 1762. Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable.

Ecuador	El artículo 32 de la Constitución de Ecuador considera que la salud es un derecho que garantiza el Estado. En el artículo 358 considera que el sistema nacional de salud tendrá por finalidad el desarrollo, protección y recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable e integral, tanto individual como colectiva, y reconocerá la diversidad social y cultural.	Artículo 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional. - La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley. Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.
		<i>Código civil</i>
		Artículo 29. La ley distingue tres especies de culpa o descuido: Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Fuente: Elaboración propia.

DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE EN AMÉRICA LATINA

De acuerdo con el Código Internacional de Ética Médica presentan los derechos y obligaciones que a nivel mundial los médicos que deben procurar llevar a cabo (Asociación Médica Mundial, 1994).

Obligaciones de los médicos:

- El médico debe tratar con honestidad a pacientes y colegas, y esforzarse por denunciar a los médicos débiles de carácter o deficientes en competencia profesional, o a los que incurran en fraude o engaño.
- El médico debe respetar los derechos del paciente, de los colegas y de otros profesionales de la salud, y debe salvaguardar las confidencias de los pacientes.
- El médico debe actuar sólo en el interés del paciente cuando preste atención médica que pueda tener el efecto de debilitar la condición mental y física del paciente.
- El médico debe obrar con suma cautela al divulgar descubrimientos o nuevas técnicas, o tratamientos a través de canales no profesionales.
- El médico debe certificar sólo lo que él ha verificado personalmente.

Deberes de los médicos hacia los enfermos:

- El médico debe recordar siempre la obligación de preservar la vida humana.
- El médico debe a sus pacientes todos los recursos de su ciencia y toda su lealtad. Cuando un examen o tratamiento sobrepase su capacidad, el médico debe llamar a otro médico calificado en la materia.
- El médico debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente.
- El médico debe prestar atención de urgencia como deber humanitario, a menos de que esté seguro de que otros médicos pueden y quieren prestar dicha atención.

Deberes de los médicos entre sí:

- El médico debe comportarse hacia sus colegas como él desearía que ellos se comportasen con él.
- El médico no debe atraer los pacientes de sus colegas.

Deberes del médico para con el Estado:

- Siendo el Estado el que regula y protege la actividad profesional del médico éste está obligado a cumplir ciertos deberes retributivos que garanticen los mejores y más amplios programas de bienestar humano; por tanto, el médico debe dar ejemplo en el cumplimiento de las Leyes del Estado, particularmente el Código Sanitario y la Ley y Reglamentos de la Federación Nacional de Médicos.

- Siendo la salud del pueblo uno de los principales objetivos del Estado, el médico debe contribuir a que se cumplan los planes y programas de salud.

CONCLUSIONES

- La responsabilidad médica es la obligación del médico, ética y legal, de responder por los actos que lleva a cabo en el ejercicio de su accionar médico.
- La necesidad de centrarse en un buen diagnóstico reduciría las demandas de negligencia médica en México y en Perú.
- En México, la conciliación es el medio más eficaz para resolver los casos de responsabilidad médica por lo que es importante motivar la cultura de la conciliación como instrumento jurídico en las demandas por mala praxis médica.
- Actualmente la mayor parte de los sistemas jurídicos contempla la responsabilidad jurídica de los médicos en el caso de actuar con negligencia, impericia y/o imprudencia en ejercicio de su profesión. Esta responsabilidad puede ser de tres tipos: penal, civil y administrativa y; cada una de ellas contempla un proceso judicial particular en el cual se puede encontrar como responsable al médico y con ello ser sujeto de una pena de privación de su libertad, el pago de una cantidad de dinero a favor del paciente por el daño causado o el pago de una multa y la suspensión o inhabilitación de su profesión respectivamente.
- Con el objetivo de prevenir que un médico sea sujeto de una responsabilidad jurídica en el buen ejercicio de la práctica médica es necesario el reconocimiento a nivel internacional de los derechos de los médicos a fin de ser reconocidos en los textos constitucionales de cada país y con ello contar con una legislación que los proteja.
- No obstante, el avance jurídico de la regulación en la práctica médica, debemos estar conscientes que desafortunadamente en la mayoría de los casos los médicos no se encuentran en las condiciones idóneas para llevar a cabo su trabajo, situación que infiere claramente en el ejercicio de su profesión, por lo cual resulta necesario analizar nuevamente la legislación de la materia para incluir mecanismos jurídicos específicos que otorguen seguridad jurídica a los galenos en el ejercicio de su encargo. Dentro de estos mecanismos sería conveniente incluir causales de ausencia de responsabilidad penal y elementos jurídicos que limiten el alcance jurídico de las obligaciones civiles y administrativas, bajo el principio *Impossibile nulla obligatio est*.²
- Es necesario la formación médica adecuada tanto en la materia como en la ética, el entrenamiento en medicina bioética y legal para los médicos, y la creación o intervención los comités de Ética hospitalaria, lo cual contribuiría a evitar actos médicos susceptibles de acciones legales.
- Una buena práctica médica obedece a centros de salud bien equipados, suficiente personal médico para atender a los pacientes, excelente for-

² Lo imposible es obligación nula.

mación médica de los profesionales de la salud y salarios bien pagados a estos.

REFERENCIAS

1. Amparo en revisión 117/2012 (28 de noviembre de 2012). Agustín Pérez García y otros. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.
2. Arellano, J. E. (13 de diciembre 2010). Profesionales médicos, mala praxis y pacientes. *El Nuevo Diario*. Recuperado de <https://www.elnuevodiario.com.ni/opinion/90253-profesionales-medicos-mala-praxis-pacientes/>
3. Asociación Médica Mundial (1994). El Código Internacional de Ética Médica. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/21/pr/pr25.pdf>
4. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (14 de agosto de 1931). Artículo 228. Código Penal Federal, DOF: 21-06-2018, Recuperado de <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s>
5. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (31 de agosto de 1928). Artículo 1910. Código Civil Federal, DOF: 09-03-2018, Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf
6. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (31 de agosto de 1928). Artículo 1915. Código Civil Federal, DOF: 09-03-2018, Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_241213.pdf
7. Carhuatocto, H. O. (2010). *La Responsabilidad civil médica: El caso de las infecciones intrahospitalarias*. (Tesis de maestría). Lima Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
8. Cieza, J. (2011). Nuestra jurisprudencia y la responsabilidad civil médica: Reflexiones sobre su aplicación. *Derecho de la responsabilidad civil* (pp. 51-73). Editorial Rodhas, Undécima Edición.
9. Código Orgánico Integral Penal del Ecuador [Código] (2014). Gráficas Ayerve.
10. Congreso de la República de Perú (1997). Ley General de Salud. [Ley N.º 26842]. Recuperado de http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=203140.
11. Congreso de la República de Perú (2015). Artículo 1. Ley N. 29414. Ley de los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud.

12. Congreso de la República de Perú (2009). Artículo 23. Ley complementaria del sistema de protección al consumidor. [Decreto Legislativo N. 1045230].
13. Congreso de la República de Ecuador (22 de diciembre de 2006). Artículo 9. Ley orgánica de salud. [Ley 67].
14. Constitución política de la República del Ecuador [Const.] (2008). Ciudad Alfaro: Asamblea Constituyente.
15. Gamboa, C. & Valdés, S. (2015). *Responsabilidad de los profesionales de la salud*. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis.
16. García J. C. (2015). La responsabilidad civil médica en el Perú. Aspectos básicos. *Revista Derecho y Cambio Social* 42 (XII), pp. 19-27.
17. Iraola, L. N. (24 de agosto, 2018). Apuntes Sobre la Responsabilidad Médica Legal y la Mala Praxis, *GeoSalud*. Recuperado de <http://www.geosalud.com/malpraxis/malapaxis.htm>.
18. Málaga, G. (2014). ¿Es posible una reforma del sector salud, prescindiendo del desarrollo académico y con personal de salud multi-empleo? *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública* 31 (4), pp.803-804.
19. Manrique, L. M. (8 de septiembre de 2016). ¿Cómo acreditar que un médico causó un daño? Recuperado de <http://laley.pe/not/3498/-como-acreditar-que-un-medico-causo-un-dano-/>.
20. Moncada, S. (16 enero, 2017). La responsabilidad profesional del médico. Colegio Médico del Perú. Recuperado de <http://web2016.cmp.org.pe/la-responsabilidad-profesional-del-medico/>.
21. Ponce, M. (17 de agosto, 2018). Responsabilidad Médica: Ejercicio de la Medicina. *GeoSalud*. Recuperado de <https://www.geosalud.com/malpraxis/respmmedica.htm>.
22. Secretaría de Salud (7 de febrero de 1984). Artículo 417. Ley General de Salud, Capítulo II. Sanciones Administrativas, DOF: 12-07-2018, Recuperado de http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/legis/lgs/LEY_GENERAL_DE_SALUD.pdf.
23. Sánchez, O.M. (2001). La responsabilidad profesional de los prestadores del servicio médico: Marco jurídico para la solución de controversias en la legislación mexicana. Suprema Corte de la Justicia de la Nación. Recuperado de <https://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/LA%20RESPONSABILIDAD%20PROFESIONAL%20DE%20LOS%20PRESTADORES%20DEL%20SERVICIO%20M%C3%89DICO.pdf>.
24. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México (2013). Registro: 2002570. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial

de la Federación y su Gaceta. Libro XVI, Tomo 1. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. XXVII/2013 (10a.). Página: 638.

25. Vera O. (2013). Aspectos éticos y legales en el acto médico. *Revista Médica La Paz*, 19 (2), pp. 73-82.

ANEXO DE LEYES

- **REGLAMENTO DE LA LEY N° 29414, LEY QUE ESTABLECE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS USUARIAS DE LOS SERVICIOS DE SALUD**

Artículo 1°. Objeto. La presente norma tiene por objeto reglamentar la Ley N° 29414, Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud, precisando el alcance de los derechos al acceso a la atención integral de la salud que comprende promoción, prevención, tratamiento, recuperación y rehabilitación; así como, al acceso a la información y consentimiento informado. Asimismo, mediante el presente Reglamento se desarrolla el sistema nacional de protección de los derechos de los usuarios de los servicios de salud – SINAPRO-DESS, administrado por la Superintendencia Nacional de Salud – SUSALUD y articulado al Consejo Nacional de Salud; y, se elabora la lista de derechos de los usuarios contenidos en la Ley General de Salud, Ley N° 2684, junto con los mecanismos para su divulgación en las IAFAS e IPRESS públicas, privadas y mixtas.

- **LEY N.º 26842, LEY GENERAL DE SALUD**

Artículo 29. El acto médico debe estar sustentado en una historia clínica veraz y suficiente que contenga las prácticas y procedimientos aplicados al paciente para resolver el problema de salud diagnosticado.

Artículo 36. Los profesionales, técnicos y auxiliares a que se refiere este Capítulo, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades.

Artículo 48. El establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en éste con relación de dependencia.

- **DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY COMPLEMENTARIA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DE-
CRETO LEGISLATIVO Nº 1045**

Artículo 23. Servicios médicos en establecimiento de salud El establecimiento de salud es responsable solidario por las infracciones a la Ley de Protección al Consumidor generadas por el ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, de los técnicos o de los auxiliares que se desempeñen en el referido establecimiento.

- **CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

Artículo 196. Carga de la prueba. - Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

Artículo 1762. Establece que: “Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable”.

Artículo 1764. “Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución”.

La información pública de oficio de los institutos electorales en México y la reforma político electoral y de transparencia

The public information of the electoral institutes in Mexico and the electoral political reform and transparency

JOSÉ EDGAR MARÍN PÉREZ*

Resumen

El cumplimiento de las obligaciones en materia de transparencia por los Institutos Electorales en México, debe transitar al cumplimiento de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, así como la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, dinámica que es vigilada por los órganos garantes de transparencia, que a partir de la promulgación de la ley en la materia, amplía las obligaciones a cumplimentar por los órganos electorales. Esta investigación busca aportar elementos teórico-jurídicos a través de la aplicación del método histórico lógico, con el propósito de analizar el desarrollo de la transparencia gubernamental y los organismos electorales mexicanos, a fin de conocer los retos en la relación entre el Instituto Nacional Electoral y el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos, la cual favorezca el fortalecimiento de la transparencia y la materia electoral.



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

Palabras clave

Democracia, Transparencia, Institutos Electorales, Organismos Públicos Locales Electorales, Institutos de Transparencia.

Abstract

The fulfillment of transparency obligations by the Electoral Institutes in Mexico must be carried out in compliance with the General Law on Electoral Institutions and Procedures, as well as the General Law on Transparency and Access to Governmental Public Information, which is monitored by The guarantors of transparency, which since the promulgation of the law in the matter, expands the obligations to be fulfilled by the electoral bodies. This research seeks to contribute theoretical and legal elements, through the application of the logical historical method, with the purpose of analyzing the development of governmental transparency and Mexican electoral bodies, in order to know the challenges in the relationship between the National Electoral Institute and the National Electoral Institute National Institute of Transparency, Access to Public Information and Data Protection, which favors the strengthening of transparency and electoral matters.

Key words

Democracy, Transparency, Electoral Institutes, Local Public Electoral Bodies, Transparency Institutes.

INTRODUCCIÓN

La primera década del siglo XXI marcó un parteaguas en el desarrollo sociopolítico de México, una década marcada por la alternancia en el gobierno federal de un partido político distinto al que hegemonícamente administró el poder público durante 71 años al país, situación que detonó en el ambiente político e institucional mexicano, la participación de distintos sectores sociales como el gobierno, la academia y la sociedad civil organizada, para incorporar distintos cambios político-administrativos en la denominada “reforma del Estado”.

En este contexto fueron posicionándose propuestas como el establecimiento de mecanismos de transparencia gubernamental y el fortalecimiento de las instituciones electorales en México, como fundamento de una legítima aspiración a favor de la consolidación de la gobernabilidad democrática, destacando que el trabajo que realizan los Institutos Electorales en México, también forma parte de esa gesta en favor de conformar una cultura de rendición de cuentas.

Cabe destacar que las elecciones del 2000 fueron el primer paso de México, rumbo al fortalecimiento de la democracia electoral. Pero, ¿quiénes han sido realmente los artífices del actual proceso democratizador que se vive en nuestro país?, mismo que aunque lento, ha dado pasos contundentes hacia la consolidación paulatina de la democracia como una verdadera forma de vida.

Algunos tratadistas de la Ciencia Política y el Derecho, entre los que destacan Miguel Carbonell, Lorenzo Córdova y José Woldenberg, han señalado que ese fortalecimiento de la democracia dio comienzo con la alternancia gubernamental, en razón del arribo a la administración pública federal de una ideología política distinta en el 2000, otros se lo han atribuido a los actores políticos de distintas fuerzas representadas al interior del Congreso de la Unión y su capacidad de negociación, así como a los órganos electorales, instituciones de vanguardia y objeto de estudio del presente artículo.

No obstante, el proceso hacia la consolidación democrática en México ha sido una lucha más grande y significativa, la cual sigue vigente, no solamente restringiéndose a la celebración de comicios libres, sino involucrando también en dicho proceso a la transparencia gubernamental.

En este orden de ideas, la búsqueda por afianzar la transparencia como institución democrática no ha sido fruto de un determinado régimen gubernamental ligado a un partido político, tampoco postulado exclusivo de una administración, sino que ha sido un logro a favor de la ciudadanía, gestado en el seno de los principales grupos académicos del país, de las organizaciones no gubernamentales y los medios de comunicación.¹

¹ Issa Luna Pla en su libro *Movimiento Social del Derecho de Acceso a la Información en México* (2009), editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM comenta que: “la gesta del denominado “Grupo Oaxaca”, fue un movimiento de desobediencia civil, que históricamente equivale a la reivindicación del sentido normativo del artículo 6°, dotándolo de un sentido práctico social, un reclamo que logró convertirse en el sentido real del derecho de acceso a la información por medio de un lenguaje propio y socializado, a grado de convertirse en las voces que crearon el foro propicio, conformando de una manera u otra, el texto letra por letra de la Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental”, promulgada en el 2002 y que estableciera también el marco normativo de la transparencia gubernamental.

Bajo esta tesitura, la materia electoral y la transparencia son instituciones fundamentales del Estado mexicano, sin las cuales no puede entenderse el proceso democratizador de México, por lo que en el actual devenir público de rendición de cuentas resulta imprescindible la participación de la ciudadanía y la colaboración entre instituciones electorales y órganos garantes en materia de transparencia y acceso a la información pública en México, para fortalecer la transparencia y la materia electoral a nivel nacional, aunado a la credibilidad y confianza de la sociedad en general.

De lo expuesto, se justifica la importancia del presente estudio en virtud del todavía novedoso desarrollo de los órganos electorales a la luz de la reforma del 2014, con la promulgación de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales. Evolución que también involucró a los institutos de transparencia y acceso a la información pública en México, particularmente al INAI, a raíz de la promulgación de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública en el 2015.

Por lo anterior, bajo la perspectiva de que ambos organismos constitucionales tienen características similares como la autonomía constitucional, su organización colegiada, así como el tutelar derechos constitucionales, por citar algunas, se justifica el análisis del presente estudio en un momento por demás coyuntural, que habrá de marcar el desarrollo de la democracia y la rendición de cuentas en México, como un binomio indisoluble.

REFLEXIONES EN RELACIÓN CON LA DEMOCRACIA

Sin duda alguna, uno de los términos más difíciles de tratar de la Ciencia Política y el Derecho, es el referente a la democracia, todo esto motivado en el sentido de que la democracia como forma de gobierno pura según la clasificación aristotélica, no es igual para determinada sociedad que para otra. En este tenor González Casanova opina:

El término democracia es extremadamente ambiguo. Se presta a que se ha enarbolado por las fuerzas más contrarias. Hoy, las propias clases dominantes, y los propios centros de hegemonía imperialista, incluso grupos e individuos cuyo comportamiento se caracteriza por el autoritarismo y la represión hablan de democracia. La contradicción en sus palabras y su conducta es obvia, chocante. Pero no es la única contradicción. La definición del concepto de democracia es distinta de la que sostienen las fuerzas populares y revolucionarias, es más, las propias fuerzas populares y revolucionarias tienen distintos conceptos de democracia (1992, p. 28).

Muestra de lo anterior es, que para la izquierda el sentido pragmático de la democracia se ve en las propuestas de: políticas selectivas de aumentos al salario, prestaciones, empleo, vivienda, seguridad social y regímenes de negociación sindical. Mientras que para los gobiernos de derecha el sentido pragmático de la democracia se ve en propuestas como: modernización tecnológica de la industria, participación económica de estados y municipios de los ingresos federales, modernización de los

departamentos administrativos dentro de los tres niveles de gobierno, seguridad pública y participación económica de la industria nacional en el mercado internacional.

No obstante lo anterior, la democracia, según las tendencias actuales, ha dejado de ser esa vieja concepción de democracia electoral, la democracia es más que eso, es el camino por donde transita el desarrollo y progreso de los pueblos.

Para tratar de conceptualizar a la democracia partiremos de la idea de Garza García, que la define como:

La democracia es aquella forma de gobierno que resulta en el establecimiento de un orden jurídico que atiende a la voluntad popular, pero en el que esa voluntad se confecciona sólo por las voces de quienes tienen la capacidad e interés para decidir. En breve puede decirse, que a la manera de Kelsen, es un régimen de gobierno en el que existe libertad política o en el que existe auto-dominación es decir, se está sujeto a un orden jurídico en cuya creación participa (2001, p. 51).

De lo anterior, se entiende a la democracia como un sistema de gobierno, que aspira a garantizar el respeto a la voluntad de los ciudadanos y su participación en las decisiones fundamentales de la comunidad.

En la democracia como sistema de gobierno, la libertad de opinión y elección son una exigencia para hacer posible que la sociedad participe y decida los mejores caminos que conduzcan a su bienestar. De ahí que los ciudadanos de una democracia tengan el derecho y la obligación moral de organizarse para promover su participación en los asuntos de interés colectivo a través de los partidos políticos, los cuales expresan en su conjunto la diversidad de maneras de pensar de una comunidad.

La elección por parte del pueblo de sus gobernantes es el acto supremo de la vida democrática, pues señala el procedimiento pacífico mediante el cual se forman y renuevan la representación de la nación. Por eso es relevante para la vida social generar la madurez política suficiente.

Asimismo, los puntos esenciales en las democracias contemporáneas son: la transparencia, el acceso a la información pública gubernamental y la rendición de cuentas, pues son necesarios, ya que la ciudadanía así lo reclama y el escenario político lo requiere, por lo que deben ser cualidades de todo sistema democrático moderno, legítimo y confiable, para tratar de eliminar aquellos vicios de los que hablábamos con anterioridad.

Las ventajas son enormes si la transparencia, el acceso a la información y la rendición de cuentas se llevan a cabo bajo procedimientos eficaces y oportunos, dentro de los ejes primordiales, enunciados en el párrafo que antecede.

Dicho lo anterior, se concluye que los rubros que acabamos de mencionar, son tan sólo algunos ejes, el tema incluso posee matices éticos y morales, de estabilidad económica, seguridad nacional, administración pública e incluso seguridad de los ciudadanos.

APROXIMACIONES TEÓRICAS A LA TRANSPARENCIA GUBERNAMENTAL

Normalmente cuando referimos a este término, viene a la mente la idea de la cualidad física de los cuerpos cristalinos, por medio de la que 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 más amplia, ya que es condición *sine qua non* de todo régimen con vocación democrática.

En este sentido, “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” (Corona Ramírez, 2015, p. 190).

De lo expuesto, encontramos el carácter dual de la transparencia, por un lado entendida como una derecho instituido en favor del gobernado, con la finalidad de involucrarlo libremente en el ejercicio de la función pública y por el otro como una obligación legal de las entidades públicas para informar a la ciudadanía del 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 distintos gobiernos del orbe mundial y su constante proceso evolutivo de la función pública, ha demostrado la necesidad de replantear los alcances y metas de estos. Si bien es cierto, nuestro país se encuentra rezagado evolutivamente con respecto a otros sistemas de gobierno en sus distintas esferas y niveles gubernamentales; también es cierto, que el replanteamiento de la función pública en todas sus variables, resulta ser un proceso urgente a nivel global.

No obstante, 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.

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 la *transparencia*, con la finalidad de generar un instrumento importante para tratar de medir el nivel de corrupción en el gobierno. Bajo este devenir, en las entidades federativas el avance se ha dado de forma gradual, aunque paulatinamente empieza a haber una tendencia inspiradora bajo este proceso de mejora gubernamental.

Pero después de este breve panorama, aún sigue persistiendo la pregunta: ¿Qué es la transparencia?, en este sentido, Mauricio 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).

De lo anterior, se advierte que transparentar un Estado, es decir, abrir totalmente el panorama funcional de la gestión gubernamental de los entes investidos de poder público, a través de la información que generan estos en el desempeño de sus actividades y poniendo ésta a disposición del elemento población los 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 todavía muy reciente.

No obstante, la publicación de la información en una sociedad donde el desarrollo de la tecnología avanza bajo un ritmo vertiginoso, 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; luego entonces, también lo será la información que estos generen.

Por su parte, Jacqueline Peschard opina que:

[...] 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 (2016, p. 12).

De lo anterior, podemos advertir que desde la creación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental en el 2002, se estableció la obligación de que los sujetos obligados por esta Ley, contaran en sus portales web institucionales con un catálogo de “información pública de oficio”, es decir, toda aquella información que de manera obligatoria debe encontrarse de forma permanente en este medio interactivo.

Estos datos deben actualizarse periódicamente, la información pública de oficio obedece a transparentar la gestión pública del ente gubernamental, la cual es de lo más diversa, ya que recoge tanto los estados financieros de la entidad pública, marco normativo, directorio de servidores públicos, adquisiciones, catálogo de beneficiarios, catálogo de percepciones de los servidores públicos, sólo por citar algunas obligaciones.

Esta publicación de información representa una ventana importante para tener un panorama de cómo trabaja una institución pública, realizar una evaluación personal de la acción de gobierno y en su caso emitir una crítica informada con base en argumentos lo suficientemente sólidos.

Por otro lado, resulta importante destacar que el postulado en comentario ha encontrado en el “patrimonialismo de la información”, su mayor obstáculo para su consolidación como baluarte de la función pública, esa conducta que trae aparejada la idea de que el servidor público que genera la información, es dueño de ella, ha propiciado que la opacidad se haya enquistado en la acción de gobierno.

En este orden de ideas, si la transparencia gubernamental rompe con dichas desviaciones, entonces podrá caminar hacia su culturalización social, que permita vencer algunos vicios que han hecho de nuestro país un paraíso para la corrupción, tal y como lo demuestran estudios como la métrica emitida anualmente por *Transparency International*,² en el cual nos encontramos reprobados.

La transparencia de la información pública tiene una particular importancia en el estado democrático de derecho, por ser una consecuencia política del ejercicio de la libertad individual de “ser informado”. En los Estados democráticos,³ 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, Issa Luna Pla opina que:

[...] 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).

² Estudio anual emitido por *Transparency International*, en cuya edición 2017, México se ubicó en el lugar 135 de los países con mayor corrupción, de un total de 176 naciones evaluadas y reprobado con una calificación de 29 puntos en una escala de 100. Recuperado de https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017#table.

³ La utilización en el presente 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*. Recuperado de https://www.eiu.com/public/tropical_report.aspx?camapaignid=DemocracyIndex2016.

De lo previamente analizado, se destaca que el papel de Estado contemporáneo debe ser el garantizar que 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).

De lo analizado, podemos arribar a la conclusión de 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 Arzate, 2010, p. 20).

Finalmente, 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 una sociedad, del cual los Institutos Electorales de México cumplen una tarea fundamental, tal y como analizaremos a continuación.

MARCO NORMATIVO DE LOS INSTITUTOS ELECTORALES EN MÉXICO

Los Institutos Electorales son organismos públicos, dotadas de autonomía constitucional y con un marco axiológico, que buscan fortalecer el desarrollo adecuado en la organización de procesos electorales y el fortalecimiento de la cultura político-democrática.

La conformación de los Institutos Electorales data de 1990, con la creación del otrora Instituto Federal Electoral, hoy Instituto Nacional Electoral, después del proceso electoral de 1988 y con la reforma política que se gestó a partir de este hecho y que impulsó la creación de instituciones análogas en las entidades federativas, hoy OPLES.

En esta tesitura, la creación de dicha institución fue con la finalidad de organizar las elecciones federales, así como la promoción de los derechos político-electorales del ciudadano y la cultura política de participación democrática, a través de un esquema de representación de las distintas fuerzas políticas con registro a nivel nacional y una necesaria vinculación con la sociedad civil.

Cabe destacar que los primeros años de vida de dicho organismo, se encontró sectorizado a la Secretaría de Gobernación, toda vez que el titular de dicha entidad del Ejecutivo Federal, presidía el Consejo General. Hasta que en la reforma política de 1996 obtiene su autonomía constitucional.

Es de resaltar que esta estructura institucional, se reprodujo a lo largo y ancho de las distintas entidades federativas de nuestro país, bajo un diseño federalista en cuanto al régimen interior se refiere, creándose así los Institutos Electorales Locales.

No obstante, con la reforma política del 2014 y con la publicación de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, se fortaleció la materia electoral para crear un entramado institucional entre el ahora Instituto Nacional Electoral y los OPLES, dándole al primero la atribución de ser autoridad nacional en la materia, con la finalidad de homologar los estándares institucionales en la organización de elecciones a nivel nacional, es decir, que dichos procesos sean desarrollados de forma eficiente y transparente, sin perder de vista la imparcialidad frente a las distintas fuerzas políticas con registro a nivel nacional y en cada una de las entidades federativas.

Bajo esta óptica la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, establece que:

Artículo 29.

1. El Instituto es un organismo público autónomo dotado de personalidad jurídica y patrimonios propios, en cuya integración participan el Poder Legislativo de la Unión, los partidos políticos nacionales y los ciudadanos, en los términos que ordene esta Ley. El Instituto contará con los recursos presupuestarios, técnicos, humanos y materiales que requiera para el ejercicio directo de sus facultades y atribuciones (Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, artículo 29).

De lo anterior, se destaca que este artículo reconoce la personalidad jurídica del Instituto Nacional Electoral como un organismo autónomo, reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la fuente de su conformación y/o designación de las autoridades al frente de su órgano principal de decisión, que es su Consejo General.

En esta tesitura el artículo 30 de la Ley en comento, establece:

Artículo 30.

1. Son fines del Instituto:

- a) Contribuir al desarrollo de la vida democrática;
- b) Preservar el fortalecimiento del régimen de partidos políticos;
- c) Integrar el Registro Federal de Electores;
- d) Asegurar a los ciudadanos el ejercicio de los derechos político-electorales y vigilar el cumplimiento de sus obligaciones;
- e) Garantizar la celebración periódica y pacífica de las elecciones para renovar a los integrantes de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Unión, así como ejercer las funciones que la Constitución le otorga en los procesos electorales locales;
- f) Velar por la autenticidad y efectividad del sufragio;
- g) Llevar a cabo la promoción del voto y coadyuvar a la difusión de la educación cívica y la cultura democrática, y
- h) Fungir como autoridad única para la administración del tiempo que

corresponda al Estado en radio y televisión destinado a los objetivos propios del Instituto, a los de otras autoridades electorales y a garantizar el ejercicio de los derechos que la Constitución otorga a los partidos políticos en la materia.

2. Todas las actividades del Instituto se regirán por los principios de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, máxima publicidad y objetividad (Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, artículo 30).

Del precepto que antecede, se resaltan las atribuciones legales con las que cuenta el Instituto Nacional Electoral, mismas que al hacer un análisis exhaustivo se destacan dos, la primera es la promoción de los derechos político electorales del ciudadano, es decir, convertirse en el órgano garante para hacer valer y respetar las prerrogativas constitucionales de votar y ser votado.

Bajo este tenor, otra de sus atribuciones fundamentales es la promoción de la cultura político democrática, con la finalidad de establecer las condiciones sociales, culturales, educativas y mediáticas, para conformar una ciudadanía conocedora de sus derechos político electorales, sensible de la importancia que tienen estos para el sano desarrollo del proceso democratizador que vive nuestro país y con miras a que la democracia se convierta en una forma de vida institucionalizada en favor de la sociedad misma.

Asimismo, el precepto en análisis establece el control en la apertura de los medios de comunicación masiva en favor de los partidos políticos, con el propósito de que las condiciones de acceso a dichos mecanismos de difusión sean equitativos y de conformidad a las reglas electorales y administrativas, que al efecto se establezcan.

En este orden de ideas, se resalta que el numeral 2 del artículo en análisis, establece cuáles son los principios de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, máxima publicidad y objetividad, que rigen el actuar del Instituto Nacional Electoral, con el firme propósito de garantizar su independencia, imparcialidad, un actuar apegado a lo estipulado por el marco constitucional y normativo en materia electoral.

Por otro lado, respecto al marco jurídico de los OPLES, la propia Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales en su artículo 98, instituye lo siguiente:

Artículo 98

1. Los Organismos Públicos Locales están dotados de personalidad jurídica y patrimonio propios. Gozarán de autonomía en su funcionamiento e independencia en sus decisiones, en los términos previstos en la Constitución, esta Ley, las constituciones y leyes locales. Serán profesionales en su desempeño. Se regirán por los principios de certeza, imparcialidad, independencia, legalidad, máxima publicidad y objetividad.

2. Los Organismos Públicos Locales son autoridad en la materia electoral, en los términos que establece la Constitución, esta Ley y las leyes locales correspondientes.

3. La ley local establecerá los servidores públicos que estarán investidos de fe pública para actos o hechos de naturaleza electoral, así como su forma de delegación, los que deberán ejercer esta función oportunamente y tendrán entre otras, las siguientes atribuciones:

- a) A petición de los partidos políticos, dar fe de la realización de actos y hechos en materia electoral que pudieran influir o afectar la equidad en las contiendas electorales locales;
- b) Solicitar la colaboración de los notarios públicos para el auxilio de la función electoral durante el desarrollo de la jornada electoral en los procesos locales, y
- c) Las demás que se establezcan en las leyes de las entidades federativas (Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, artículo 98).

Lo anterior resalta que la Ley en estudio reconoce la existencia de los OPLES como instituciones creadas bajo el mismo diseño institucional y de principios que el Instituto Nacional Electoral, pero con la salvedad de que su participación se restringe exclusivamente en aquellas entidades federativas en las cuales tienen autoridad vía la Constitución Federal, la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, las Constituciones Estatales y la legislación electoral, que al efecto establezcan las Legislaturas de las entidades federativas, siempre y cuando no se opongan a las dos primeras normas citadas.

En este contexto, los OPLES al ser autoridades electorales al interior de las entidades federativas, están llamadas a crear mecanismos de diálogo, participación, concordia y colaboración con la máxima autoridad en la materia a nivel nacional, es decir, el Instituto Nacional Electoral, no por una condición de subordinación, sino bajo la tónica de que el trabajo coordinado entre instituciones electorales del orden federal y local, eleva las condiciones de confianza en la ciudadanía sobre las actividades sustantivas y adjetivas, que desarrollan dichos organismos públicos de forma cotidiana.

Por ello es que los OPLES están llamados a vincularse de forma estrecha con la sociedad, en la que propicien el fortalecimiento de la cultura político-democrática, así como generar una cultura de colaboración con el Instituto Nacional Electoral, mediante reglas claras y en un ambiente de transparencia, en el que logra como fin el desarrollar procesos electorales apegados a la legalidad.

De lo anterior, podemos discernir que la construcción de la gobernabilidad democrática debe transitar necesariamente por la consolidación de un sistema electoral fuerte, confiable, imparcial y transparente.

No obstante, José Woldenber considera:

[...] a pesar de avances importantes en la coexistencia de la pluralidad política en las instituciones del Estado, de nuevas leyes e instituciones en materia de transparencia de la información, del incremento de la libertad de expresión y del surgimiento de nuevas agrupaciones y agendas desde la sociedad, observamos un gran malestar con la democracia y una mala imagen de la política y los políticos (2012, p. 271).

Lo anterior, constituye un llamado urgente para que los Institutos Electorales en México promuevan la conciliación de intereses entre la sociedad y las fuerzas políticas, así como un ambiente de diálogo y concordia, con la finalidad de impulsar

una correcta toma de decisiones, acorde al espíritu democrático mexicano y que con ello se eleven los estándares de participación electoral de la sociedad mexicana.

En este sentido, se afirma que la pluralidad política sustento de toda democracia, no se encuentra peleada con la transparencia y la libertad informativa, por el contrario forman parte de una comunión indispensable para el fortalecimiento de la gobernanza mexicana, la cual deberá tender a la reconfiguración de la acción política de cara a las necesidades sociales en un mundo global.

SURGIMIENTO Y PAPEL DE LOS ÓRGANOS GARANTES DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN MÉXICO A PARTIR DE LA LEY GENERAL EN LA MATERIA

Normalmente la construcción de las instituciones en México se ha dado a través de las grandes reformas constitucionales impulsadas por el Congreso de la Unión, con la atención a una problemática social preponderante.

Generalmente en nuestro país, esa construcción jurídica se origina a raíz de la base del sistema político que es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero en la materia de transparencia no sucedió así, ya que del régimen de transparencia gubernamental a nivel nacional, surgió con la emisión en 2002, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, incorporándose a la Carta Magna hasta el 2007.

Aunque si bien es cierto, que el derecho a la información se encontraba consagrado en la Carta Magna en el artículo 6º, a raíz de la reforma política de 1977-1978, dicho artículo no preveía procedimiento para el ejercicio de dicho 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 el combate a la corrupción es 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, por lo que resultó fundamental que México contara con mecanismos para garantizar este derecho fundamental y obligación de las instituciones públicas en pro de la consolidación de la cultura de rendición de cuentas.

En este contexto, la reforma constitucional del 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 y por otro lado, a 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, en razón de la implementación de un esquema nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, vigilado por medio de 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 de 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 las entidades públicas, razón por la cual en ocasiones ese proceso ha sido paulatino y por medio de un gran esfuerzo de los individuos, las instituciones, los sujetos obligados y la sociedad civil organizada, quienes han sentado las bases de esta nueva perspectiva.

Resulta importante señalar, que 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, resulta pertinente redactar unas líneas a esta materia.

En este devenir histórico, en el que por años se debatió en la academia, la sociedad civil organizada, así como de los 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, así como de la obligatoriedad de transparentar los recursos públicos y la información que generan en el ejercicio de sus funciones otro tipo de organismos como los sindicatos, los 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.

Bajo este tenor y después de un constante intercambio de ideas, el 7 de febrero de 2014, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación una nueva reforma al artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, siendo la última a la fecha.

Posterior a la reforma constitucional del 7 de febrero de 2014 antes comentada, resultaba oportuno contar con una ley “marco”, que sirviera para condensar lo establecido en el artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el espíritu de dar cumplimiento a las aspiraciones de dicho precepto, homologar el ejercicio del derecho de acceso a la información a nivel nacional, el cumplimiento irrestricto de las obligaciones en materia de transparencia e incorporar 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 de Transparencia y Acceso a la Información Pública fue divulgada a través del Diario Oficial de la Federación del 4 de mayo de 2015, por lo que en un ejercicio hermenéutico, me permito citar a continuación los diez puntos que considero trascendentes en dicha reforma:

1.- La nueva legislación establece principios, bases y procedimientos para garantizar el derecho de acceso a la información de cualquier autoridad, entidad de los Poderes de la Unión, los órganos autónomos, partidos políticos, sindicatos, fideicomisos y fondos públicos.

2.- Distribuye competencias entre los organismos garantes de acceso a la información de la Federación y de las entidades federativas.

3.- Define la integración y funcionamiento del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, cuyo propósito será fortalecer la rendición de cuentas del Estado mexicano.

4.- El Sistema Nacional de Transparencia estará integrado por el Instituto Nacional de Transparencia y Acceso a la Información; los organismos garantes de las

entidades federativas; la Auditoría Superior de la Federación; el Archivo General de la Nación; y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

5.- El INAI encabezará y coordinará el Sistema Nacional de Transparencia. Conocerá y resolverá, de oficio o a petición de los organismos garantes de las entidades federativas, los recursos de revisión que por su interés o trascendencia así lo ameriten.

6.- Se crea una Plataforma Nacional de Transparencia que permita cumplir con los procedimientos y obligaciones de los sujetos obligados, bajo la óptica de atender las necesidades de accesibilidad de los usuarios.

7.- El Sistema Nacional establece 50 obligaciones de transparencia comunes para todos los sujetos obligados, a fin de que sean contempladas en la ley federal y en las leyes de las entidades federativas.

8.- Regula, además, los medios de impugnación, la organización, funcionamiento y coordinación del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.

9.- En materia de sanciones se establecen las siguientes: falta de respuesta a las solicitudes de información; actuar con negligencia, dolo o mala fe durante la sustanciación de las solicitudes; incumplir los plazos de atención; usar, sustraer, divulgar, ocultar, alterar o inutilizar la información que se encuentre bajo custodia de los sujetos obligados.

10.- En caso de que se incumplan las obligaciones de transparencia, se establece que las conductas sean sancionadas por los organismos garantes y que se dé vista a la autoridad competente para que apliquen la sanción que corresponda.

Como puede observarse del análisis general sobre lo dicho del marco normativo, se advierte que los órganos garantes de transparencia y acceso a la información pública en México, forman parte del todavía novedoso Sistema Nacional de Transparencia, el cual tiene como finalidad establecer las directrices para el fortalecimiento de las materias antes mencionadas y con ello consolidar una cultura de rendición de cuentas.

Finalmente y bajo una óptica meramente didáctica, resulta importante mencionar que las atribuciones establecidas en favor de los órganos garantes de transparencia y acceso a la información pública en México, se encuentran previstos en el Capítulo II, del Título Segundo de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

CONCLUSIONES

Como ha quedado expuesto en los apartados que anteceden, desde el nacimiento de los órganos electorales en México, las labores que realizan estos cobran relevancia para la consolidación de la gobernabilidad democrática, toda vez que la correcta organización de elecciones es una exigencia de toda la sociedad mexicana y de la comunidad internacional.

Por lo que en materia de transparencia, resulta preponderante que los individuos puedan tener acceso a la información que generan dichos entes, por revestir justamente un interés público, para que en un ejercicio de fiscalización individual,

la ciudadanía exija rendición de cuentas y poder formar un criterio más amplio respecto a la actuación del Instituto Nacional Electoral y los OPLES, respectivamente.

Bajo este contexto, la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales en su artículo 490 establece lo siguiente:

Artículo 490.

1. La Contraloría General tendrá las facultades siguientes:

[...]

Solicitar y obtener la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones. Por lo que hace a la información relativa a las operaciones de cualquier tipo proporcionada por las instituciones de crédito, les será aplicable a todos los servidores públicos de la propia Contraloría General del Instituto, así como a los profesionales contratados para la práctica de auditorías, la obligación de guardar la reserva a que aluden las disposiciones normativas en materia de transparencia y acceso a la información pública.

[...] (Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, artículo 490).

De lo anterior, se advierte que la Contraloría General del Instituto Nacional Electoral tiene las facultades de investigar cualquier acción u omisión que sea cometida por servidores públicos del Instituto, principalmente en cuanto a revelar información que por su propia naturaleza se encuentre en los supuestos legales de reserva, es decir, toda aquella que por su propia naturaleza pueda afectar directamente las actividades centrales del mismo, como lo es la organización de las elecciones federales, o bien, en la promoción de los derechos político-electorales de la ciudadanía.

Por otro lado, en lo que concierne a la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, los organismos electorales deberán hacer público su actuar, no sólo las reglas comunes para todos los Sujetos Obligados en materia de transparencia, establecidas en el artículo 70 de dicha Ley, sino también la información que se genere en el ejercicio de sus atribuciones específicas, tal y como lo precisa el artículo 74, fracción I, de la Ley antes mencionada, que a la letra dice:

Artículo 74. Además de lo señalado en el artículo 70 de la presente Ley, los órganos autónomos deberán poner a disposición del público y actualizar la siguiente información:

I. Instituto Nacional Electoral y organismos públicos locales electorales de las Entidades Federativas:

- a) Los listados de partidos políticos, asociaciones y agrupaciones políticas o de ciudadanos registrados ante la autoridad electoral;
- b) Los informes que presenten los partidos políticos, asociaciones y agrupaciones políticas o de ciudadanos;
- c) La geografía y cartografía electoral;
- d) El registro de candidatos a cargos de elección popular;

- e) El catálogo de estaciones de radio y canales de televisión, pautas de transmisión, versiones de spots de los institutos electorales y de los partidos políticos;
 - f) Los montos de financiamiento público por actividades ordinarias, de campaña y específicas otorgadas a los partidos políticos, asociaciones y agrupaciones políticas o de ciudadanos y demás asociaciones políticas, así como los montos autorizados de financiamiento privado y los topes de los gastos de campañas;
 - g) La metodología e informes sobre la publicación de encuestas por muestreo, encuestas de salida y conteos rápidos financiados por las autoridades electorales competentes;
 - h) La metodología e informe del Programa de Resultados Preliminares Electorales;
 - i) Los cómputos totales de las elecciones y procesos de participación ciudadana;
 - j) Los resultados y declaraciones de validez de las elecciones;
 - k) Las franquicias postales y telegráficas asignadas al partido político para el cumplimiento de sus funciones;
 - l) La información sobre votos de mexicanos residentes en el extranjero;
 - m) Los dictámenes, informes y resoluciones sobre pérdida de registro y liquidación del patrimonio de los partidos políticos nacionales y locales, y
 - n) El monitoreo de medios;
- [...] (Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, artículo 74).

En este sentido, vale la pena destacar que la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece no sólo un catálogo de obligaciones generales a cumplir por la totalidad de los Sujetos Obligados en materia de transparencia en nuestro país, sino que de forma particular el artículo 74, incorpora una serie de obligaciones específicas que deberán cubrir todas las instituciones electorales a nivel nacional, mismas que como puede advertirse, se ciñen estrictamente a las atribuciones legales de las cuales se encuentran investidos dada su naturaleza, en armonía con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales y la codificación electoral de cada OPLE, de conformidad al régimen interior de cada entidad federativa.

Bajo esta óptica, resulta preponderante que los Institutos Electorales en México establezcan los canales institucionales de coordinación y colaboración con los órganos garantes de transparencia y acceso a la información pública, específicamente entre el INE y el INAI, vía Acuerdos Interinstitucionales de Colaboración, con la finalidad de establecer los esquemas y mecanismos para poder difundir la cultura de

la transparencia y el acceso a la información pública en México, no sólo entre los servidores públicos de las entidades electorales, sino también con la sociedad civil.

En este sentido, la consolidación de mecanismos de coordinación entre ambos organismos públicos autónomos, debe transitar bajo los principios de certeza, legalidad, objetividad, transparencia, publicidad, sólo por mencionar algunos, con la finalidad de que entre instituciones electorales y de transparencia, exista una sinergia que facilite el arribo a una rendición de cuentas horizontal y vertical, tal y como lo refiere Andreas Shedler (2016, p. 7), para armonizar el Sistema Electoral Mexicano con el Sistema Nacional de Transparencia, respectivamente, en lo que se refiere a la publicación de la información electoral.

Bajo este orden de ideas, los retos y perspectivas que tiene actualmente la información en materia electoral, es que debe caminar hacia un esquema de gobierno abierto, en el que se deduce a este como una nueva forma de acercar al ciudadano a la función pública por medio del uso de las TIC's, las cuales se conceptualizan como aquellos "dispositivos técnicos resultantes de la revolución científico-tecnológica, los desarrollos recientes de las comunicaciones y la microelectrónica" (Delgado Díaz, 2011, p. 32), principalmente con el uso del Internet.

En este tenor, Oscar Oszlak considera que el gobierno abierto constituye una "filosofía distinta de cómo gobernar y de cuál es el rol que juegan el gobierno y los ciudadanos en la gestión pública y sus resultados" (2013, p. 6).

De lo anterior, podemos discernir que el gobierno abierto es una nueva tendencia de la función pública, sustentada en la implementación de las TIC's en especial del Internet como herramientas para el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas, en la que se busca una interacción directa de la ciudadanía con la función pública, así como mecanismos de fiscalización del quehacer gubernamental, en la que se incorporan la materia electoral.

Del mismo modo la información electoral deberá forzosamente en el corto plazo transitar hacia un esquema de datos abiertos, bajo la perspectiva de que la apertura lleva de forma implícita la visión de abrir la información para evitar a un cierre o sesgo que le impida ser apreciada por los sentidos humanos.

Los datos abiertos se encuentran ligados estrechamente al mecanismo de publicación de dichos elementos informativos, es decir, "son aquellos que son publicados a través de formatos procesables por computador, con la esperanza de que construyan aplicaciones que hagan un uso socialmente beneficioso de esos datos".⁴

Bajo la perspectiva anterior, podríamos entender a los datos abiertos, como el proceso de apertura, publicación y aprovechamiento de datos, que sean vinculados a la función pública y que tengan justamente este matiz.

En este tenor, la actual dinámica electoral, ha propiciado que la implementación de las TIC's, sean un punto medular, toda vez que al ser herramientas electrónicas de la llamada "era digital", facilitan el procesamiento de datos, que permita al Instituto Nacional Electoral y los OPLES, acercar la información de la función pública a la ciudadanía y dinamizar el ejercicio de los derechos político-electorales, bajo estándares de calidad, inmediatez, innovación y con miras a consolidar una verdadera eficacia respecto a las exigencias de una sociedad cada vez más demandante.

En este entendido, Rodrigo Sandoval Almazán señala:

La demanda de información desde los ciudadanos, la relación de confianza gobierno-ciudadanos y la relación entre gobierno-apertura de

⁴ Recuperado de <http://rumboalorien.kyopol.net/gobierno-abierto-mas-alla-de-la-transparencia/> (Consultado el 3 de agosto de 2018).

información son actividades que explican la implementación de la transparencia que pueden producir los datos gubernamentales, así como la forma en que la información gubernamental se organiza o se vincula entre sí (2015, p. 208).

De lo anteriormente expuesto, se resalta que corresponde a la sociedad conocer y hacer suya la transparencia, practicarla mediante la consulta de la información institucional generada por el INE o los OPLES, en el desarrollo cotidiano de sus actividades, por medio de mecanismos electrónicos, que permitan explotar esa información con su utilización práctica.

En este sentido se destaca que a partir del 2002, nuestro país ha experimentado una transformación respecto a la acción de gobierno con la creación de un sistema nacional de transparencia, que rápidamente ha ido reproduciéndose en las entidades federativas.

Bajo este contexto, se puede afirmar que ha llegado el momento en que la sociedad reflexiona, que no basta simplemente con que los órganos electorales publiquen información sobre su actuar, sino que esta información sea de calidad y sobre todo certera, que no sirve publicar información si ésta no puede ser utilizada por el ciudadano, o si la información no puede ser comparada con indicadores nacionales o internacionales, que no ayuda en nada el tener información sobre la participación ciudadana en elecciones, si no existen parámetros para detonar el gobierno abierto al interior de los Institutos Electorales.

En esta óptica, tampoco abona el publicar información si ésta no puede ser consultada mediante un esquema de datos abiertos, es decir, por medio de la utilización de plataformas móviles o en formatos amigables de consulta. O bien, reconocer que es poco práctica la posibilidad de contar con bases de datos si éstas no pueden ser cruzadas entre los propios OPLES, pugnar siempre por la implementación de mejores prácticas en materia electoral y propiciar la voluntad política de una ciudadanía informada, analítica y crítica respecto a la acción de las autoridades, una sociedad que asuma la genuina participación ciudadana.

Por lo anterior, la propuesta central del presente artículo es establecer los canales de colaboración directa entre los Institutos Electorales en México con los órganos garantes de transparencia y acceso a la información pública vía acuerdos de colaboración institucional, que deberán establecer los mecanismos de coordinación para propiciar la defensa irrestricta del derecho a ser informado y hacer de la obligación de informar, una filosofía del buen gobierno que aporte a la credibilidad ciudadana en materia electoral, la democratización nacional y el establecimiento de una verdadera cultura de rendición de cuentas.

Finalmente y de lo anteriormente expuesto en la presente investigación, se afirma que hoy en día el trabajo coordinado entre los organismos electorales y de transparencia, respectivamente, resulta primordial en el México contemporáneo, por ser ambas instituciones producto del proceso democratizador que se gestado en nuestro país desde la última década del siglo XX y hasta nuestros días.

REFERENCIAS

1. Corona Ramírez, U. (2015). Las reformas en materia de transparencia. *El Cotidiano* (190), pp. 119-122.
2. Delgado Díaz, C. J. (2011). Tecnología, Meta-tecnología y Educación. *Sophia, Colección Filosofía de la Educación* (11), pp. 31-55.
3. Garza García, C. C. (2001). *Derecho Constitucional Mexicano*. México: Mc Graw Hill.
4. González Casanova, P. (1992). *La Democracia en América Latina, actualidad y perspectivas*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
5. Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, publicada en el Diario Oficial de la Federación, Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Tomo DCCXXVIII, n° 18, México, D.F., 23 de mayo de 2014.
6. Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Publicada en el Diario Oficial de la Federación, Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Tomo DCCXL, N° 2, México, D.F., 4 de mayo de 2015.
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. Naessens, H. (2010). *Ética pública y transparencia*. Santiago de Compostela: s.n.
9. Olavarria Gambi, M. (2012). *La institucionalización y gestión estratégica del Acceso a la Información y a la Transparencia activa en Chile*. Santiago: Banco Interamericano de Desarrollo, Consejo para la Transparencia.
10. Oszlak, O. (2013). Gobierno abierto: hacia un paradigma de gestión pública. Colección de documentos de trabajo sobre e-Gobierno. *Revista de la Red de Gobierno Electrónico de América Latina y el Caribe* (5), pp. 19-22.
11. Peschard, J. (2016). *Transparencia y Partidos Políticos*. México: IFAI.
12. Prieto-Martín, P. (2013). Gobierno Abierto, más allá de la transparencia, Página Rumbo a Lórien. Recuperado de <http://rumboalorien.kyopol.net/gobierno-abierto-mas-alla-de-la-transparencia/>.
13. Sandoval Almazán, R. (2015). Gobierno abierto y transparencia: construyendo un marco conceptual. *Convergencia, Revista de Ciencias Sociales*, 22(68), pp. 203-227.

14. Shedler, A. (2016). *¿Qué es la rendición de cuentas?* México: INAI.
15. Transparency Internacional (2017). Corruption perceptions index 2016. Recuperada de http://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#table.
16. Uribe Arzate, E. (2010). *La naturaleza constitucional dual del Derecho a la Información y su papel en la construcción del Estado Constitucional en México*. Toluca: INFOEM.
17. Woldenberg, J. (2012). *Equidad social y parlamentarismo. Balance de treinta años*. México: Siglo XXI e Instituto de Estudios para la Transición Democrática.
18. Zambrano Martínez, F. (2009). *Revista Digital Universitaria*. Recuperado de <http://www.revista.unam.mx/vol.10/num11/art79/int79.htm>.

Derecho fundamental al debido proceso legal

The fundamental right to due process law

JOSÉ JULIO NARES HERNÁNDEZ*

RICARDO COLÍN GARCÍA*

KENNELLY JARED NAVA ROSALES*

Resumen

El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, le otorga a los gobernados la seguridad jurídica de que antes de cualquier acto privativo de derechos tienen el derecho fundamental al debido proceso legal. Este derecho rige toda clase de procedimiento jurisdiccional, ya que organiza tanto su estructura como el orden lógico en el que se desarrolla. Este derecho se encuentra en constante evolución jurídica con la finalidad de adecuar su contenido y alcance a la progresión de las instituciones jurídicas, lo que hace que su contenido siempre sea abierto, imposible de agotar en una definición única. La reforma de 2011 al artículo 1º constitucional en materia de derechos humanos, ha tenido un impacto de tal trascendencia en este derecho, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido una abundante jurisprudencia con novedosos criterios para su interpretación y aplicación. El presente artículo es una investigación documental que tiene por objeto analizar mediante la teoría constitucionalista de Ferrajoli, la influencia que esta reforma ha tenido en la naturaleza jurídica del derecho humano al debido proceso legal. Se obtuvo como resultado que este derecho se configura actualmente como un derecho complejo de carácter multidimensional, concluyendo que su contenido y alcance depende en cada caso concreto de la materialización de algunas de sus tres dimensiones jurídicas: es un derecho fundamental sustantivo de carácter público y subjetivo; un principio para la interpretación y optimización de las normas jurídicas; y dentro del procedimiento jurisdiccional es una garantía de protección.

Palabras clave

Derecho al debido proceso legal, Proceso jurisdiccional, Derechos humanos, Principios interpretativos, Garantías jurisdiccionales.

Abstract

The Article 14 of the Political Constitution of the United Mexican States, grants to the governed the legal protection that no one may be deprived of their rights before they have the fundamental right to due process law. This right includes every type of legal proceeding, though it organizes either its structure as well as the logical order in which it's involved. This right is in a constant legal evolution in order to adequate its content and scope to the progression of the legal institutions, what results in an always open content, impossible to use up in an only definition. The 2011 Reform to the Constitutional Article 1, related to The Human Rights, has had an impact of such importance in this right, that the Supreme Court of Justice of the Nation, has emitted an extensive case law with new criteria for its interpretation and application. The present article is a documental research in



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

order to analyze through Ferrajoli's constitutional theory, the influence that this theory has had in the legal nature of the human right to the legal proceeding. The result was that this right works as a multi-dimensional complex right, concluding that its content and scope depends on the individual case of the occurrence of some of its three legal dimensions: It's a public substantive fundamental right; a principle for the interpretation and optimization of legal regulations; and in the legal proceeding, it's a protection guarantee.

Key words

Right to due process law, Legal proceeding, Human rights, Principles of interpretation, legal guarantees.

INTRODUCCIÓN

El segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su primera porción normativa los derechos fundamentales que pueden ser objeto de privación por un acto de autoridad, como la libertad, propiedad, posesiones o derechos, ante lo cual los gobernados tienen el derecho fundamental de previa audiencia para ser oídos en juicio; en su segunda porción normativa este párrafo contiene el derecho fundamental al debido proceso, que le otorga a los gobernados la posibilidad de una oportuna y adecuada defensa en el juicio que se siga.

De acuerdo con la naturaleza jurídica del debido proceso, la oportunidad defensiva es exigible en toda clase de procedimiento jurisdiccional, sea civil, penal, etc.; por otro lado, es un derecho transversal a todo el procedimiento, ya que organiza tanto su estructura como el orden lógico y cronológico en que se desarrollan las distintas fases que lo componen. Es un derecho abierto y progresivo que evoluciona a la par que lo hacen las instituciones jurídicas del Estado de derecho, como actualmente sucede en el sistema jurídico mexicano con la reforma de 2011 al artículo 1º constitucional en materia de derechos humanos. Debido a la fuerte influencia que este nuevo paradigma constitucional tiene en el derecho humano al debido proceso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde la Décima Época ha venido agregado nuevos criterios interpretativos para definir su contenido y alcance.

El objetivo del presente artículo es analizar mediante una investigación documental, el impacto de la referida reforma en la naturaleza jurídica del debido proceso legal. Se propone estudiar su estructura como la de un derecho complejo

compuesto de tres dimensiones jurídicas: como un derecho fundamental sustantivo, un principio interpretativo y una garantía de protección.

La oportuna y adecuada defensa que cada una de las dimensiones jurídicas del debido proceso proporciona a los gobernados, se configura de acuerdo con las determinaciones que corresponden respectivamente a los derechos humanos, a los principios constitucionales, y a las garantías de protección, conforme al artículo 1º de la Constitución Federal y a los tratados internacionales suscritos por México en Materia de derechos humanos. El marco conceptual para analizar la relación entre el debido proceso legal con estos últimos conceptos, proviene principalmente de la teoría constitucionalista de Ferrajoli.

DERECHOS FUNDAMENTALES

El debido proceso legal es un derecho humano con la estructura multidimensional que caracteriza a los derechos fundamentales de un Estado democrático constitucional. Ferrajoli mediante su teoría del “constitucionalismo”, expone que “el Estado democrático constitucional se distingue de otros modelos de Estado por la estructura normativa que tiene la democracia, y por el rol garantista de su constitución, el cual radica en su contenido o sustancia: Los derechos fundamentales” (2011 p. 313).

“Estos derechos son normas sustantivas que trazan límites negativos y vínculos positivos sobre lo que legítimamente el poder estatal puede decidir y hacer” (Nuñez, 2013, p. 85). “Los derechos humanos y las garantías son derechos elementales a favor de los gobernados, y en contrapartida representan restricciones al poder público en tanto indican lo que los gobernantes pueden hacer, y aquello que no pueden dejar de hacer” (Carbonell, 2015b, p. 3). En el Estado moderno ha jugado un importante papel histórico la progresiva positivización de los derechos humanos en las constituciones y en los tratados internacionales, debido a lo cual se les denomina como derechos fundamentales, definidos del siguiente modo:

Son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica (Ferrajoli, 2004, p. 37).

Los derechos fundamentales implican una relación jurídica de supra a subordinación entre los gobernados y el Estado: Los gobernados son los sujetos activos en la relación, ya sean personas físicas o morales; y el Estado y sus autoridades son los sujetos pasivos. Son derechos que las personas pueden oponer a los gobernantes para que se conduzcan de la manera en que aquéllos especifican, por tanto son derechos que las autoridades tienen la obligación de respetar y cumplir.

Estos derechos tienen un carácter fundamental en virtud de ser primarios y no derivar de otros derechos, y por el contrario de ellos resultan prerrogativas más específicas; son sustantivos porque constituyen un fin en sí mismos, en ellos interesa la calidad de los valores protegidos; son subjetivos porque las normas constitucionales y tratados internacionales que reconocen derechos humanos, se concretan en forma individual y otorgan al particular una facultad o potestad de exigencia

oponible a la autoridad; y son públicos porque se enderezan contra el Estado y sus autoridades.

Para distinguir los derechos fundamentales de los derechos individuales, Ferrajoli afirma que, “los primeros tienen su lugar en la esfera pública, son universales, indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos; en tanto los segundos corresponden a la esfera privada, es decir, son los derechos patrimoniales que son disponibles, negociables y alienables, y que por estas características son el origen de las desigualdades y las diferencias” (Ferrajoli, 2005, p. 79).

Ferrajoli señala “que en la constitución se pueden distinguir dos tipos de derechos fundamentales, los derechos de libertad y los derechos sociales” (2009, p. 861). Los derechos subjetivos de libertad o de hacer, son derechos individuales de autonomía de las personas (facultades de comportamientos propios), que consisten en expectativas negativas de no sufrir lesiones por parte del Estado, es decir, el ejercicio sin obstáculos de las libertades, por ejemplo, las libertades contenidas en los derechos civiles y políticos. Los derechos sociales son subjetivos consistentes en expectativas positivas de recibir prestaciones por parte del Estado (expectativas de comportamientos ajenos), como el derecho a la salud y a la instrucción, a la educación, a la vivienda, a la información, y otros similares.

El Estado Mexicano tiene las bases de un Estado democrático constitucional, principalmente el reconocimiento de los derechos fundamentales y de los medios de control constitucional. El artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM, 2017, artículo 1), reformado el 10 de junio de 2011, prevé en su primer párrafo que “en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos y de las garantías de protección, reconocidos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales suscritos por México en la materia, lo que en este nuevo paradigma constitucional se ha denominado como bloque de constitucionalidad” (Caballero, 2014, p. 184).

Una definición de derechos humanos acorde a la legislación mexicana, dice que “son las facultades y prerrogativas que son inherentes a la persona humana por su propia naturaleza, ya que son imprescindibles para asegurar su más pleno desarrollo en la sociedad, debiendo ser reconocidos y garantizados por el orden jurídico positivo” (Roccatti, 1996, p. 19). Los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, acompañan a la persona a lo largo de su existencia, por lo que permanecen, se gozan y disfrutan por su titular de modo absoluto e indisponible. Al estar reconocidos en la Constitución son derechos fundamentales sustantivos de carácter público y subjetivo.

Sobre la interpretación de los derechos humanos y sus garantías, la Suprema Corte de Justicia de la Nación “ha venido sosteniendo desde la Novena Época elementos de una nueva teoría constitucional” (2014, p. 13), y actualmente con motivo de la reforma de 2011, determinó que era necesaria una nueva forma de interpretar la legislación en armonía con la protección de los derechos humanos, dando inicio el 4 de octubre de 2011 a la Décima Época de la Jurisprudencia.

El más Alto Tribunal de la Nación ha emitido nuevos criterios interpretativos sobre los derechos fundamentales que regulan el sistema de procuración y administración de justicia, dentro de los cuales se encuentran los derechos fundamentales de seguridad jurídica. A esta clase de derechos pertenece el derecho fundamental al debido proceso legal, un derecho subjetivo de libertad o derecho de hacer.

DERECHO FUNDAMENTAL SUSTANTIVO AL DEBIDO PROCESO

En todo procedimiento jurisdiccional “los gobernados gozan de los derechos de seguridad jurídica, que tienen como finalidad evitar que las autoridades incurran en arbitrariedades” (Muñoz, 2016, p. 69). “En general, los derechos de seguridad jurídica tienen por objeto que las autoridades al aplicar el orden jurídico a las personas, lo hagan apegadas a los derechos fundamentales establecidos en los artículos 1º, 8º, 13, 14, y del 16 al 23 de la Constitución General de la República” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, pp. 7-14).

Los derechos de seguridad jurídica “son derechos públicos subjetivos a favor de los gobernados, oponibles a las autoridades del Estado con la finalidad de exigirles que cumplan con los requisitos previos a la comisión de actos que pudieran afectarlos, y evitar que queden en indefensión o incertidumbre jurídica” (Poder Judicial de la Federación, 2003, p. 11). La seguridad es una cualidad del ordenamiento jurídico que implica el principio de certeza en la aplicación de disposiciones legales y la previsibilidad de su aplicación; y que, paralelamente, indica la forma en que el Estado y sus autoridades han de actuar con el objetivo de que la aplicación del orden jurídico a los gobernados sea eficaz.

En especial, los artículos 14, 16, 17 y 20 constitucionales son los que regulan los procedimientos jurisdiccionales. “El artículo 17 de la Carta Magna establece el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, el cual ha adquirido una nueva dimensión jurídica a la luz de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos, pues han modificado la forma de impartir justicia no sólo en el aspecto normativo, sino también en lo estructural y procesal” (Cilia, 2015, p. 11).

El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho fundamental que todo gobernado tiene, respetando los plazos y términos que fijan las leyes, para acceder de manera pronta y expedita a tribunales independientes e imparciales previamente establecidos, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con la finalidad de que a través de un proceso regido por ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión (Tesis I.3o.C.71 K (10a.) de 8 de mayo de 2015. México. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis I.3o.C.71 K (10a.) de 8 mayo de 2015. Este derecho tiene tres etapas, a cada una de las cuales les corresponde un derecho, a saber: 1. Una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción; 2. Una judicial, a la que corresponden los derechos fundamentales del debido proceso; y, 3. Una posterior al juicio, a la que le corresponde el derecho a ejecutar la sentencia.

En relación con la segunda etapa del derecho a la tutela jurisdiccional, el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Federal, es el fundamento del procedimiento jurisdiccional: “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

En el citado párrafo se encuentran dos porciones normativas referidas a distintos derechos fundamentales que rigen el procedimiento jurisdiccional. El derecho fundamental de audiencia se encuentra en la inicial porción normativa que expresa que las autoridades del Estado antes de un acto privativo de derechos fundamentales como la libertad, propiedad, posesiones o derechos, tienen la obligación de respetar el derecho fundamental del gobernado de ser oído y vencido en un juicio

previo; enseguida remite al siguiente segmento normativo que contiene el derecho fundamental sustantivo al debido proceso legal, según el cual el gobernado no sólo tiene derecho de acudir al juicio, sino también la posibilidad de una adecuada y oportuna defensa mediante las formalidades esenciales del procedimiento. El acto privativo de derechos debe ser de carácter definitivo, a diferencia de los actos de molestia que son provisionales y que se encuentran regulados por el derecho fundamental de legalidad previsto por el artículo 16 de la Carta Magna.

El derecho de audiencia es un derecho fundamental sustantivo, cuyo contenido, espíritu o fin último que persigue, es evitar que se deje en estado de indefensión al posible afectado con un acto privativo de autoridad que tenga por objeto la disminución, el menoscabo o la supresión definitiva de un derecho fundamental. El derecho sustantivo de audiencia viene a constituir el principio relativo a que no puede haber privación de un derecho sin juicio previo, es decir, que el gobernado tenga la oportunidad de ser oído y vencido en un juicio antes de la imposición de actos privativos. “Este derecho tiene eficacia transversal en todo el sistema jurídico, pues la oportunidad defensiva es exigible frente a cualquier acto privativo de derechos humanos que efectúe el poder público” (Silva, 2013, p. 1499).

El debido proceso es un derecho humano complejo que se encuentra en constante evolución jurídica, por lo cual no tiene una definición clara en la legislación nacional ni internacional. Por ejemplo, para “el Tribunal Constitucional de España es un concepto relativamente indeterminado, sin que exista unanimidad sobre su naturaleza jurídica, ni sobre un contenido jurídico específico y preciso” (García, 2006, p. 1122). Desde su origen se observa que “no se formularon indicaciones sobre contenidos o funciones de un debido proceso tipo o modelo, sino conforme ha ido evolucionado el Estado de Derecho” (Constenla, 2014, pp. 205-206) se ha nutrido tanto de interpretaciones jurisprudenciales en el ámbito local como en sede internacional.

Reflejo de esta evolución son las profundas transformaciones que este derecho ha tenido como efecto de la reforma de 2011 al artículo 1º constitucional en materia de derechos humanos. La mencionada reforma ha tenido un impacto de tal trascendencia en el derecho fundamental al debido proceso, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido una abundante jurisprudencia para determinar su contenido, interpretación y alcance.

La posible indeterminación sobre el contenido del debido proceso penal no elimina el hecho de que, como todo derecho fundamental, posea una naturaleza jurídica que evoluciona con el tiempo. Para la interpretación y aplicación del derecho humano al debido proceso legal, la jurisprudencia ha agregado nuevos criterios que sirven como punto de referencia para analizar su naturaleza jurídica, como un derecho humano con la estructura multidimensional que caracteriza a los derechos fundamentales en el Estado democrático constitucional.

El debido proceso legal es un derecho fundamental con tres dimensiones jurídicas: fuera del procedimiento jurisdiccional es un derecho fundamental sustantivo de carácter público y subjetivo con un fin en sí mismo, que le pertenece a todas las personas por igual, dándoles la posibilidad de una oportuna y adecuada defensa de sus derechos fundamentales ante los tribunales, antes de cualquier acto privativo de autoridad; como criterio interpretativo, el derecho fundamental al debido proceso es un principio de optimización para la aplicación de las normas jurídicas; y una dimensión como garantía jurisdiccional, que adquiere cuando se ejerce como medio o instrumento dentro de un procedimiento judicial. Dentro del procedimiento judicial, el debido proceso es un derecho adjetivo para las partes; y para las autoridades

de administración de justicia es el deber de hacer observar o proteger derechos sustantivos, es decir, se trata de las garantías para obtener del Estado la eficacia de esos derechos.

El goce y ejercicio del derecho al debido proceso legal, así como su interpretación y aplicación por las autoridades del Estado, en su forma y contenido depende de los diferentes espacios y momentos en los que se materializa alguna de sus tres dimensiones jurídicas. A cada una de las dimensiones del debido proceso legal le son inherentes las determinaciones que corresponden a los derechos humanos, a los principios constitucionales, y a las garantías de protección, de acuerdo con el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Lo primero es exponer la dimensión del debido proceso como un derecho fundamental sustantivo. El debido proceso legal se desdobra en dos vertientes: i) la vertiente sustantiva, en la que se enlistan determinados bienes constitucionalmente protegidos como la libertad, propiedad, posesión y otros derechos; y ii) la vertiente adjetiva referida a las formalidades esenciales del procedimiento que le otorgan a los gobernados una oportuna y adecuada defensa (Tesis (XI Región) 1o. J/2 (10a.) de 15 julio de 2016). México. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis (XI Región) 1o. J/2 (10a.) de 15 julio de 2016.

En su vertiente sustantiva el debido proceso es un derecho fundamental que en general se define como “el conjunto de requisitos jurídicos que rigen a las instancias procesales, para que las personas puedan defender de manera adecuada sus derechos ante los actos del Estado que pudieran lesionarlos” (García, 2014, p. 22). Aplicando las ideas de Ferrajoli sobre los derechos fundamentales de libertad, se puede decir que el debido proceso es un derecho subjetivo que otorga a las personas la libertad de acceder a los tribunales jurisdiccionales para hacer valer sus derechos y defender sus intereses de forma adecuada y efectiva, antes de cualquier acto privativo de autoridad. Por ende, es un derecho negativo de libertad o de hacer que contiene la expectativa negativa de no sufrir lesiones por las autoridades del Estado, quien por tanto, tiene la obligación de no violar el derecho fundamental de las personas a un juicio, antes de la afectación jurídica que puede provocar el acto de autoridad.

El debido proceso como derecho humano se encuentra reconocido por diferentes instrumentos internacionales suscritos por México, que en lo general coinciden en su esencia, como el artículo 10° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este último artículo se refiere a las “garantías judiciales”, que estipulan: “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 formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987, párrs. 27-28) interpreta que por el término de “garantías judiciales” debe entenderse el “debido proceso legal” un derecho humano en todo tipo de proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional.

El debido proceso legal tiene como contenido material determinados derechos fundamentales como la libertad, propiedad, posesión y otros derechos, protegidos por la Norma Fundamental contra actos de autoridad. En un sentido expansivo, “la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el derecho al debido proceso como un elemento transversal a todos los derechos fundamentales”

(Salmón, 2012, p. 19), así como en “la doctrina se le atribuye una amplia gama de derechos fundamentales particularmente relacionados con y derivados del debido proceso legal” (Gómez, 2006, pp. 346-351).

PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO

El derecho fundamental al debido proceso tiene una dimensión jurídica como principio de interpretación y optimización en la aplicación de las normas jurídicas, principalmente por los jueces al momento de tomar decisiones para resolver casos difíciles, como explican las teorías del constitucionalismo y del neoconstitucionalismo.

Ferrajoli (2011, p. 372 y ss.) expone que en un Estado de derecho existen espacios de autonomía del poder legislativo y de discrecionalidad del poder judicial, pues las funciones que realizan se hayan indisolublemente ligadas, por ejemplo, a la semántica del lenguaje normativo, al estilo empleado por el legislador al redactar las normas, a los conflictos entre normas constitucionales, a los juicios subjetivos de valor al interpretar conceptos valorativos, al carácter opinable de las distintas soluciones interpretativas. Lo anterior es inevitable, pero es posible reducir dichos espacios de autonomía y de discrecionalidad mediante el papel normativo de la constitución. Ferrajoli denomina principios regulativos a las normas constitucionales que tienen un contenido prescriptivo de carácter vinculante frente a los poderes públicos, pues se desempeñan como límites y vínculos no sólo de los órganos legislativo y judicial, sino de todos los poderes públicos.

En la constitución se encuentran positivizados los principios jurídicos como normas abiertas, redactadas en forma abstracta con la finalidad de informar a todo el sistema jurídico. “Son lineamientos generales para sus objetos, con la intención de provocar que sus elementos menores se infieran de su propia naturaleza, de ahí que un importante número de disposiciones constitucionales se expresen en forma de *principios*” (Sánchez, 2015, p. 281). Los principios constitucionales se erigen como el fundamento de las instituciones jurídicas, ya que le otorgan validez a la interpretación de todas las normas jurídicas, así como condicionan la validez de la legislación y la jurisprudencia.

Desde la perspectiva de la teoría del neoconstitucionalismo, los principios son mandatos jurídicos con criterios de aplicación muy abiertos, previstos para interactuar en los casos concretos con otras normas que apuntan en direcciones opuestas. Dworkin (2010, p. 7) explica que “especialmente en las áreas del derecho público, los principios tienen un papel relevante para la resolución práctica de casos difíciles, donde el juez al tomar decisiones se ve precisado a justificar la constitución y dar contenido concreto a los conceptos abstractos en ella establecidos”. En la toma de decisiones donde se aplican principios, se trata de cuestiones de valores, no de hechos. Para el juzgador implica interpretar y aclarar principios, así como reflexionar sobre su correcta aplicación, relaciones entre ellos y posibles conflictos entre sí.

“Los principios constitucionales trazan los objetivos generales que el ordenamiento jurídico intenta realizar, lo que da origen a las reglas jurídicas específicas, las cuales buscan lograr una meta mediata o inmediata que corresponde al principio que la inspira” (Ferrer, 2011, pp. 12-15). Los principios constitucionales son distintos a las reglas jurídicas, como señala Alexy:

(...) caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones acerca de lo fáctico y jurídicamente posible (2015, p. 92).

Sobre la distinción entre principios y reglas, Dworkin señala que “los principios son normas que contienen las directrices interpretativas que informan a todo el sistema jurídico” (2010, p. 7). “La aplicación de un principio no conduce a una única consecuencia jurídica ya definida de antemano, sólo se puede definir el resultado interpretativo hasta que se aplica en un caso concreto, todo dependiendo de la dimensión del peso que lo caracterice” (Rojas, 2006, p. 380). A diferencia de los principios, las normas jurídicas llamadas “reglas” se encuentran bien definidas, con un grado de precisión y detalle en el que se prevé el resultado tanto en los supuestos de hecho como en sus consecuencias jurídicas.

Dworkin señala dos diferencias entre principios y reglas: El juez aplica las reglas en la forma todo o nada, es decir, “la regla es válida o no; en cambio al aplicar los principios el juez se construye a proporcionar razones que justifican su decisión” (Aguirre, 2008, p. 207). La segunda distinción es que si al ser aplicados en un caso concreto dos principios, éstos colisionan, el juez le otorgará un valor decisorio al que tenga mayor dimensión de peso, sin que implique que el otro principio quede invalidado, pues en otras condiciones fácticas el juez puede tomar otra decisión y optar por este último.

Se puede resumir lo anterior diciendo que “los principios son indeterminados, inconmensurables, imprevisibles en su aplicación práctica, e implican consideraciones sobre valores, características que tienen los derechos fundamentales y por lo cual se puede decir que no son otra cosa que principios” (Romero, 2015, p. 52). Asimismo, “las normas que contienen derechos fundamentales se encuentran redactadas en forma de principios, sin un contenido determinado” (Carbonell, 2015a, p. 91), pues en su aplicación en los casos concretos se prevé que pueden entrar en conflicto entre sí. En consecuencia, la estructura normativa de los derechos fundamentales no es la de las reglas, sino la de los principios, comprendidos como mandatos de optimización que, de acuerdo con las posibilidades fácticas y normativas existentes, ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida posible (Tesis: 1a. CCCIX/2014 de 5 de septiembre de 2014) México. Suprema Corte de Justicia de la Nación (1ª Sala) de 5 de septiembre de 2014. De manera directa, la siguiente Tesis señala la naturaleza que tienen los derechos fundamentales como principios interpretativos de optimización:

Los derechos fundamentales (...) no son en sí mismos ilimitados. En efecto, su estructura normativa típica no es la propia de las reglas –normas jurídicas con condiciones de aplicación razonablemente detalladas y determinadas, que se aplican mediante razonamientos subsuntivos– sino la que caracteriza a los principios, que son imperativos jurídicos con condiciones de aplicación definidas de modo muy abierto, lo cual los destina naturalmente a entrar en interacción, en los casos concretos, con otras normas con contenidos jurídicos que apuntan en direcciones no idénticas.

cas. Es por eso que suele decirse que los derechos fundamentales operan en el razonamiento jurídico como mandatos de optimización, porque su protección y reconocimiento en los textos constitucionales presuponen naturalmente que sus exigencias normativas entrarán en conflicto con otras en los casos concretos, supuesto en el que será necesario desarrollar un ejercicio de ponderación para articular el resultado de su aplicación conjunta en esos casos (Tesis: P. XII/2011 de agosto de 2011) México. Suprema Corte de Justicia de la Nación (Pleno) de agosto de 2011.

En tal virtud, los derechos fundamentales son principios que en los casos concretos actúan como imperativos jurídicos de optimización que guían la actuación de las autoridades del Estado. Para optimizar su eficacia normativa “los derechos fundamentales pueden asumir la naturaleza y estructura característica de los principios” (Sánchez, 2015, p. 288), gracias a lo cual el conflicto entre derechos se resuelve mediante determinadas pautas argumentativas como la subsunción, ponderación, proporcionalidad o razonabilidad.

Ahora bien, el significado que tiene el contenido de los derechos fundamentales para que puedan desempeñarse como principios, es resultado de la labor interpretativa de los Tribunales Federales. El criterio interpretativo se constituye en un precedente que debe aplicarse para resolver casos similares en el futuro, de conformidad con los derechos constitucionales de igualdad y de seguridad jurídica. En este sentido, los derechos fundamentales al ser reconocidos como criterios interpretativos se tornan en principios o directrices para el sistema y ordenamiento jurídicos. La observancia del precedente tiene fundamento en el principio de universalidad en el razonamiento jurídico, según el cual el precedente se convierte en una regla de conducta para los jueces hasta que en otro caso concreto surjan aspectos jurídicos que de manera fundada y motivada obliguen a modificarlo, siendo lo más común una reforma constitucional, o con motivo del desarrollo de una institución jurídica (Tesis IV.3o.A.5 K de octubre de 2012) México. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis IV.3o.A.5 K de octubre de 2012. El principio de universalidad ordena que en un caso actual y hacia casos futuros, “el juez debe resolver siguiendo el criterio establecido en casos precedentes” (Rodríguez, 2014, p. 80).

“Los criterios interpretativos pueden formar jurisprudencia, con lo que se establecen las pautas de observancia general para la debida aplicación de las normas” (Olivos, 2016, p. 44). Es importante tomar en cuenta que la jurisprudencia nacional y la de los Órganos jurisdiccionales supranacionales son fuente formal de derechos humanos, de conformidad con lo previsto por el artículo 1º de la Constitución Federal.

“El procedimiento jurisdiccional se encuentra regulado por un conjunto de principios que determinan la forma en que éste debe estructurarse” (Ruiz, 2010, p. 205), así como los criterios que guían la conducta de los sujetos participantes en el enjuiciamiento. Ovalle define los principios procesales como “...aquellos criterios o ideas fundamentales, contenidos en forma explícita en el ordenamiento jurídico, que señalan las características principales del derecho procesal y sus diversos sectores, y orientan el desarrollo de la productividad procesal” (2001, p. 16).

Los principios procesales “son criterios, reglas y lineamientos que se postulan como puntos de origen para la edificación y aplicación de los instrumentos esenciales de la función jurisdiccional” (Caballero y Natarén, Carlos, 2013, p. 1909).

Los principios generales del proceso que son comunes a todas las disciplinas procesales son los siguientes: Inquisitivo, dispositivo, de economía procesal, de convalidación, de probidad, de preclusión y de celeridad. Estos principios generales no poseen valor probatorio en sí, más bien su función es hermenéutica e integrativa, como sucede en el caso de las lagunas de la ley. En cambio, los principios del procedimiento jurisdiccional definen la finalidad del proceso, así como sus reglas y la validez de su interpretación y aplicación, como ocurre con el principio del debido proceso penal.

El derecho humano al debido proceso ha sido interpretado por la jurisprudencia como un principio fundamental que se constituye en la columna vertebral del procedimiento jurisdiccional:

De acuerdo con el principio de debido proceso legal previsto en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las autoridades están obligadas a cumplir de manera sistemática, ordenada y progresiva, las reglas que las normas procedimentales respectivas señalan para garantizar la resolución de las controversias judiciales. Lo anterior implica que los diversos supuestos legales que regulan un mismo concepto jurídico, se actualizan en distintos estadios procedimentales, que de manera sucesiva y cronológica van aconteciendo conforme al orden lógico jurídico previsto por el legislador para el correcto desarrollo del proceso judicial (...). (Tesis: PC.I.C. J/18 C de noviembre de 2015) México. Plenos de circuito. Tesis: PC.I.C. J/18 C de noviembre de 2015.

Conforme al principio del debido proceso, la defensa de algún derecho controvertido ante los tribunales se debe efectuar en igualdad de condiciones jurídicas, y en un plano jurídico horizontal. Este principio establece la obligación del Estado de respetar los derechos procesales que tienen las personas de acuerdo con la ley, con la finalidad de asegurar un resultado justo y equitativo al darles a las personas la oportunidad de ser oídos en juicio y hacer valer sus pretensiones frente al juez. Este principio sostiene como condición de validez de una sentencia, la obligación de la autoridad judicial de respetar las formalidades esenciales del procedimiento que garantizan una oportuna y adecuada defensa, conforme a las leyes preexistentes y ante juez competente.

El principio del debido proceso requiere para su aplicación de reglas que establezcan las conductas a seguir en los casos concretos. Como indica García (2016, p. 369), “las reglas son la aplicación de los principios a la organización y el desarrollo del procedimiento”. Por ejemplo, en materia procesal penal el Código Nacional de Procedimientos Penales”, establece en el artículo 12, el principio de juicio previo y debido proceso, señalando lo siguiente:

Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de resolución dictada por un órgano jurisdiccional previamente establecido, conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho, en un proceso sustanciado de manera imparcial y con apego estricto a los derechos humanos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen (CNPP, 2016, artículo 12).

En la segunda porción normativa se prevé el principio del debido proceso penal, indicando que el proceso penal debe ser sustanciado de manera imparcial y con

apego estricto a los derechos humanos previstos en la Constitución, los tratados y las leyes que de ellos emanen. Este principio postula como condición de validez de una sentencia penal, la obligación de la autoridad judicial de respetar las reglas del procedimiento que garanticen una oportuna y adecuada defensa. Informa de su contenido a todo el proceso penal, por lo cual sus normas deben ser interpretadas de conformidad con el mismo.

El principio del debido proceso se despliega en el procedimiento jurisdiccional mediante un conjunto de reglas que garantizan una adecuada y oportuna defensa de los derechos de las personas, identificadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como formalidades esenciales del procedimiento.

GARANTÍAS JURISDICCIONALES

El derecho fundamental al debido proceso se encuentra resguardado por un conjunto de garantías que integran su vertiente adjetiva dentro del procedimiento jurisdiccional. La dimensión del debido proceso como garantía jurisdiccional funciona como una garantía de protección de derechos fundamentales de acuerdo con lo establecido en el artículo 1º de la Constitución y de los tratados internacionales ratificados por México en materia de derechos humanos.

“Los derechos fundamentales se encuentran detallados por diversas garantías o mecanismos de base constitucional que aseguran su eficacia, de tal modo que existe un nexo normativo entre unos y otros” (Álvarez, 2010, p. 312). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado la finalidad de las garantías indicando que: “las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. (...) vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en todas circunstancias” (1987, párrafo 25).

Las garantías de protección de los derechos humanos pueden tener diversas formas, pues dependiendo de la naturaleza de la protección que persigan pueden generar actos de sentido positivo o actos de sentido negativo, según tengan por objeto producir un acto que promueva, respete o proteja los derechos humanos (Tesis: 1a. CCLXXXVII/2014 de 8 de agosto) México. Suprema Corte de Justicia de la Nación (Pleno). Tesis: 1a. CCLXXXVII/2014 de 8 de agosto. De acuerdo con la protección de los derechos fundamentales, Ferrajoli divide las garantías en primarias y secundarias:

Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas positivas o negativas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión), según que los derechos garantizados sean derechos positivos o derechos negativos. Convengo en llamar garantías primarias a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias (2004, p. 43).

Las garantías primarias son las técnicas previstas por el ordenamiento jurídico para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Ferrajoli señala que a los derechos fundamentales

de libertad y sociales les corresponden garantías de protección de acuerdo con su objeto. Los derechos subjetivos de libertad o derechos “negativos”, satisfacen la expectativa de no sufrir lesiones mediante garantías que protejan su ejercicio sin obstáculos, es decir, garantías negativas consistentes en prohibiciones de hacer o deberes públicos de no hacer. Al contenido de estos derechos al ser imposible de determinar, únicamente se les puede poner límites resguardados mediante garantías de prohibición de lesión. “La garantía de libertad de los gobernados se expresa con la máxima que dice que sólo es punible lo que está prohibido por la ley, nada de lo que la ley no prohíbe es punible, sino que es libre o está permitido” (Ferrajoli, 2009, p. 28). Así, no es posible delimitar los infinitos actos del derecho de libertad personal, sólo las condiciones que legitiman su limitación, por ejemplo, la garantía de que dicho acto sea por orden fundada y motivada de una autoridad judicial.

Los derechos fundamentales sociales son derechos positivos que contienen expectativas de recibir prestaciones por parte del Estado, para su eficacia requieren de garantías primarias positivas o deberes públicos de hacer, por ejemplo, el derecho a la salud tiene como garantía la obligación del Estado de crear una infraestructura para su prestación. Estas garantías son obligaciones cuyo contenido es posible determinar, pero no así sus límites, por ser variables las necesidades vitales y las expectativas que expresan, según el momento, lugar, circunstancias, y grado de desarrollo económico y civil.

La Constitución Federal en el artículo 1º hace explícita la existencia de las garantías de protección, para significar que el Estado es el responsable de garantizar los derechos fundamentales de las personas. La Jurisprudencia XXVII.3o. J/14 (10a.) (Jurisprudencia XXVII.3o. J/14 (10a.) de 10 de abril de 2015) México. Tribunales Colegiados de Circuito, retoma de Ferrajoli la definición de garantías primarias, señalando que son los requisitos, restricciones, exigencias u obligaciones previstas en la Constitución y en los tratados, destinadas e impuestas principalmente a las autoridades, que tienen por objeto proteger los derechos humanos. En otra definición se interpreta que las garantías son técnicas y medios que permiten lograr la eficacia de los mismos, de tal manera que en su ausencia el goce de los derechos fundamentales no puede materializarse en las personas (Tesis: 1a. CCLXXXVI/2014 de 8 de agosto de 2014). México. Suprema Corte de Justicia de la Nación (1ª Sala). Tesis: 1a. CCLXXXVI/2014 de 8 de agosto de 2014.

GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO

Los particulares no pueden violar derechos humanos (con las excepciones que marca la ley), pues “los actos que ejecuten y que puedan afectar la vida, la libertad, la propiedad, o cualquier otro derecho humano, son infracciones a las disposiciones del derecho sustantivo común” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003, p. 59). La solución del conflicto entre el titular del derecho afectado y el probable infractor de la norma se deberá someter a la potestad ordinaria, en la que las partes tienen la oportunidad de ejercer sus prerrogativas de acuerdo con los principios constitucionales de audiencia, legalidad, debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, entre otros (Tesis: I.13o.C.1 K, de agosto de 2013) México. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: I.13o.C.1 K, de agosto de 2013. Cada uno de estos derechos fundamentales tiene previstas las garantías primarias que contienen las prohibiciones de

lesión o deberes de no lesión a cargo del Estado, que resultan indispensables para su aplicación coactiva. Éstas son garantías primarias jurisdiccionales que consisten en mecanismos procesales o adjetivos, con la función de tutelar de manera directa los derechos humanos en los procedimientos judiciales. En consecuencia, para los gobernados son un derecho adjetivo, y para las autoridades judiciales un deber de observancia obligatoria.

“El debido proceso es un derecho subjetivo de libertad al cual le corresponden garantías primarias de libertad, es decir, garantías negativas consistentes en prohibiciones de hacer o deberes públicos de no hacer. En su dimensión de garantía jurisdiccional, el debido proceso tiene como contenido formal un conjunto de reglas” (Díaz, 2012, p. 178) denominadas formalidades esenciales del procedimiento, que “cumplen con la función de procurar su eficacia dentro del procedimiento jurisdiccional” (López, 2015, p. 319). El más Alto Tribunal de la Nación ha interpretado que el artículo 14 de la Constitución Federal establece como derecho de los gobernados, el que durante la tramitación de un juicio se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, que son las que resultan necesarias para asegurar una adecuada y oportuna defensa antes del acto de privación (Jurisprudencia P/J. 47/95 de diciembre 1995) México. Suprema Corte de Justicia de la Nación (Pleno).

“Las formalidades legales son las garantías del debido proceso, mediante las cuales éste adquiere un carácter instrumental para el ejercicio y la defensa de los derechos fundamentales de los gobernados ante los tribunales” (O'Donnell, 2004, p. 351). “Su finalidad es proteger el debido proceso y los principios que de ahí derivan” (Carbonell y Reza, 2009, p. 38), para evitar que se deje en estado de indefensión al posible afectado con el acto privativo, o en situación que afecte gravemente sus defensas (Hernández, 2009, p. 106).

“Las formalidades esenciales del procedimiento representan un mínimo básico de garantías que puede ser ampliado por el legislador, pero no disminuido en su esencia” (Rodríguez, 1998, p. 1305). La Jurisprudencia 1a./J.11/2014 (Jurisprudencia 1a./J.11/2014 de 28 de febrero de 2014) México. Suprema Corte de Justicia de la Nación (1ª Sala), interpreta que el debido proceso contiene un mínimo básico de garantías divididas en dos núcleos.

A. Núcleo duro de garantías: es el conjunto de formalidades legales que en todo procedimiento jurisdiccional, le otorga a los gobernados el derecho de ejercer sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente.

B. Núcleo de garantías mínimo: son las formalidades esenciales del procedimiento que en una materia específica del derecho procesal, debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, por ejemplo, en el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo.

El núcleo de garantías mínimo contiene dos especies de garantías:

- a) Las garantías que pertenecen a todas las personas por igual, sin distinción de nacionalidad, raza, género, edad, etc., por ejemplo, el derecho a tener un abogado, a no inculparse, a conocer la causa del procedimiento; y
- b) las garantías que se producen por la combinación del núcleo de garantías mínimo con el derecho de igualdad ante la ley. Son garantías especiales que protegen a las personas que pertenecen a los grupos vulnerables, por ejemplo, el derecho de los extranjeros a la notificación y asistencia consular; el derecho de los indígenas a un traductor o intérprete que conozca su cultura; el dere-

cho de los niños a que su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela.

En el procedimiento jurisdiccional tanto el sujeto pasivo de la relación procesal, como el sujeto activo, tienen derecho a las formalidades esenciales del procedimiento, sin omitir que existen garantías específicas para cada uno de ellos conforme a la finalidad de sus pretensiones. Para las autoridades jurisdiccionales existe la obligación de cumplir con las mencionadas formalidades legales, a fin de garantizar a los justiciables su derecho de ejercer sus defensas ante los tribunales competentes.

“Las formalidades del debido proceso establecidas en el segundo párrafo del artículo 14 de la Norma Fundamental, se encuentran expresadas en otros artículos de la Constitución, como ocurre por ejemplo con el artículo 20 que establece los principios del debido proceso penal” (Casanueva, 2014, p. 331). “Dichas formalidades se desarrollan en la legislación secundaria, principalmente en la codificación adjetiva, como derechos adjetivos de las partes dentro del procedimiento jurisdiccional” (Ortiz, 2013, pp. 26-33).

La violación de los derechos fundamentales y las garantías primarias se sanciona judicialmente por el Estado mediante las garantías jurisdiccionales, que tienen por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente al poder del Estado. Ferrajoli llama garantías secundarias a “estas obligaciones del Estado de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos fundamentales y sus garantías primarias” (2004, p. 43). Para tal efecto, “el Estado debe contar con instrumentos de control y garantías constitucionales a cargo de tribunales especializados” (Salazar, 2011, p. 290).

En el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho al debido proceso establece la garantía de un recurso judicial efectivo que permite a los gobernados defender ante los tribunales los derechos fundamentales violados. El derecho a un recurso judicial efectivo se encuentra previsto en diferentes tratados internacionales, entre los que destacan: El artículo 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 14, numeral 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los numerales 8.2, inciso h), y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En lo fundamental, estos instrumentos internacionales estipulan las normas sobre el derecho a la protección judicial de los derechos humanos. Contemplan el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que ampare a la persona contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución de los Estados miembro, o dichos tratados.

En el sistema jurídico mexicano la obligación del Estado de crear las garantías jurisdiccionales para proteger los derechos fundamentales contra posibles violaciones, se encuentra contenida en el artículo 1º en relación con el numeral 17 de la Constitución Federal. Este último artículo reconoce el derecho de los gobernados a un recurso efectivo, sencillo y rápido, para que tribunales tutelen de manera eficaz el ejercicio de los derechos fundamentales, con la obligación de invalidar las violaciones que resientan estos derechos.

“Los actos de autoridad que violan los derechos humanos y las garantías de protección, son inconstitucionales cuando no cumplen con alguno de los requisitos de forma o contenido establecidos en la Ley” (Benavente, 2009, p. 2). Las garantías jurisdiccionales que protegen los derechos fundamentales de los gobernados, “son el juicio de amparo, la garantía de la controversia constitucional, la garantía del procedimiento investigatorio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la garantía

de acción de inconstitucionalidad, y la garantía del juicio político, entre otros más” (Uribe, 2008, p. 158). La garantía jurisdiccional por antonomasia para reparar la violación de los derechos fundamentales de los gobernados, “es la garantía del juicio de amparo” (Hernández, 2013, p. 81). Este es un recurso judicial instrumentado como garantía jurisdiccional para que la autoridad resuelva si existe o no violación a algún derecho fundamental, y en caso de proceder restituir al interesado en el goce de su derecho 🙌 (Ferrer y Silva, 2009, p. 23). Carbonell (2015b, p. 4) señala que “el juicio de amparo es una garantía constitucional que tiene como propósito reparar, devolver a su estado original cuando sea posible, los derechos fundamentales que hayan sido violados”.

Con el objetivo de extender el contenido y alcance del juicio de amparo para una tutela efectiva de los derechos humanos (Flores, 2014, p. 82), el 6 de junio de 2011 se reformaron los artículos 103 y 107 de la Norma Fundamental; y el 2 abril de 2013 se publicó la nueva Ley de Amparo en el Diario Oficial de la Federación, para armonizar su contenido con el nuevo paradigma de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales (Ferrer, 2013, p. 26).

CONCLUSIONES

El resultado alcanzado en el presente artículo deja en claro que las reformas constitucionales llevadas a cabo a partir del 2011, han influido de manera decisiva en la configuración de la naturaleza jurídica del derecho fundamental al debido proceso, principalmente la reforma constitucional sobre derechos humanos de 2011, la Décima Época para la jurisprudencia que dio inicio en ese mismo año, y la creación de la nueva Ley de Amparo de 2013. La Suprema Corte de Justicia de la Nación continúa en su esfuerzo de crear nuevos criterios interpretativos, que progresivamente han ampliado el contenido y alcance de este derecho. Se desprende de lo anterior, que el nuevo paradigma constitucional en materia de derechos humanos ha configurado el derecho al debido proceso legal, como un derecho complejo de carácter multidimensional con tres vertientes esenciales de las que se concluyó lo siguiente.

Primero. El derecho al debido proceso legal es un derecho subjetivo que otorga a las personas la libertad de acceder a los tribunales jurisdiccionales, para hacer valer sus derechos y defender sus intereses de forma adecuada y efectiva antes de cualquier acto privativo de autoridad. Es un derecho negativo de libertad o de hacer que contiene la expectativa negativa de no sufrir lesiones por las autoridades del Estado. Éstas tienen la obligación de respetar el derecho fundamental a un juicio, antes de la afectación o modificación jurídica que pueda provocar el acto de autoridad.

Segundo. El derecho fundamental sustantivo al debido proceso tiene la estructura normativa de un principio y no de una regla jurídica. Como principio constitucional, actúa como imperativo jurídico de optimización que en los casos concretos guía la actuación de las autoridades del Estado para resolver los casos concretos que tienen que resolver. Conforme al principio del debido proceso legal, los gobernados tienen el derecho de ser oídos en juicio para hacer valer sus pretensiones frente al juez, lo que implica la obligación de la autoridad judicial de respetar las formalidades esenciales del procedimiento que garantizan una oportuna y adecuada defensa de los derechos sustantivos, conforme a las leyes preexistentes y ante juez competente.

Tercero. El derecho fundamental al debido proceso en su vertiente adjetiva, se encuentra integrado por un conjunto de garantías jurisdiccionales que son reconocidas como formalidades esenciales del procedimiento. Dichas garantías son los mecanismos instrumentales para la protección de los derechos sustantivos dentro del procedimiento judicial. Diferente a las garantías jurisdiccionales estrictamente procesales, la violación de los derechos fundamentales se repara mediante la garantía jurisdiccional del juicio de amparo, un recurso judicial efectivo del debido proceso para la protección de estos derechos.

Cuarto. El debido proceso como derecho fundamental, como principio y como garantía jurisdiccional, se desarrolla en la legislación secundaria, principalmente en la codificación procesal, en la forma de derechos adjetivos que dentro del procedimiento jurisdiccional garantizan a las partes una adecuada y oportuna defensa de sus derechos fundamentales sustantivos.

REFERENCIAS

1. Aguirre Román, J. O. (2008). Justicia e igualdad en los sistemas especiales de admisión a las universidades: una reflexión a partir de Ronald Dworkin. *Estudios Socio-Jurídicos* 10 (1), pp. 201-226.
2. Alexy, R. (2015). Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Carlos Bernal Puido, Madrid: CEPC, 2007. En Carbonell, Miguel, *El ABC de los derechos humanos y del control de convencionalidad*. México: Porrúa.
3. Álvarez, L. (2010). Los derechos fundamentales y sus garantías. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (13), pp. 311-324.
4. Benavente Chorres, H. (2009). *Los recursos impugnatorios en el proceso penal acusatorio y oral*. México: Flores Editor y Distribuidor.
5. Caballero, J. A. y Natarén, C. F. (2013). El Artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: primer párrafo y apartado A. En Ferrer Mac-Gregor Poisot, E., Caballero Ochoa, J. L. y Steiner, C. (coords.). *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, t. II, (pp. 1901-1948). México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
6. Caballero Ochoa, José L. (2014). *La interpretación conforme*. México: Porrúa-IMDPC.
7. Carbonell, M. (2015a). *El ABC de los derechos humanos y del control de convencionalidad*. México: Porrúa.
8. Carbonell, M. (2015b). *Los derechos humanos en México*. México: Porrúa.
9. Carbonell, M. y Reza Ochoa, E. (2009). *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?* México: Porrúa.

10. Casanueva Reguart, S. E (2014). *Juicio oral*, México: Porrúa.
11. Cilia López, J. F. (2015). *Los derechos humanos y su repercusión en el control de constitucionalidad y convencionalidad*. México: Porrúa.
12. Código Nacional de Procedimientos Penales. Última reforma publicada DOF 17-06-2016.
13. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recomendación General No. 14, sobre los Derechos de las Víctimas de Delitos, 2007.
14. Constenla Arguedas, A. F. (2014). El desarrollo del debido proceso, como garantía procesal, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. *Revista Judicial* (113), pp. 205-212.
15. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Última reforma publicada DOF 24-02-2017.
16. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica. DOF: 09/01/.
17. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. DOF: 12/05/1981.
18. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana). Opinión Consultiva OC-8/87, 1987, párrafo 25.
19. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana). Opinión Consultiva OC-9/87, 1987, párrs. 27-28.
20. Corte Interamericana de Derechos Humanos. DOF: 8/12/ 1998.
21. Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. Aprobada el 29 de noviembre de 1985 en el Séptimo Congreso de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) mediante Resolución 40/34 Anexo de la Asamblea General.
22. Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25.2. Adoptada por México el 10/12/1948.
23. Díaz Madrigal, I. N. (2012). El debido proceso en instrumentos internacionales y el nuevo bloque de constitucionalidad en el sistema jurídico mexicano. *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia* (20), pp. 167-194.
24. Dworkin, R. (2010). ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos? *ISONOMÍA* (32), pp. 7-29.
25. Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
26. Ferrajoli, L. (2011). El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo. *DOXA* (34), pp. 311-361. Recuperado de <http://>

doxa.ua.es/article/view/2011-n34-el-constitucionalismo-garantista-entre-paleo-iuspositivismo-y-neo-iusnaturalismo.

27. Ferrajoli, L. (2005). De la carta de derechos a la formación de una esfera pública europea. En Carbonell, M. y Salazar, P. (eds.). *La constitucionalización de Europa* (pp. 75-90) México, UNAM-IIIJ.
28. Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
29. Ferrer Mac-Gregor, E. y Sánchez Gil, R. (2013). *El nuevo juicio de amparo*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa.
30. Ferrer Mac-Gregor, E. y Silva García, F. (2009). *El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Porrúa.
31. Ferrer Mac-Gregor, E. y Sánchez Gil, R. (2011). *El juicio de amparo y el sistema procesal penal acusatorio*. México: Secretaría de Gobernación, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal.
32. Flores Saldaña, A. (2014). *El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos*. México: Porrúa.
33. García Ramírez, S. (2006). Panorama del Debido Proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, T II (pp. 1111-1173). Corte Interamericana de Derechos Humanos.
34. García Ramírez, S. (2014). *El debido proceso*. México: Porrúa.
35. García Ramírez, S. (2016). Los principios del procedimiento penal. Constitución y Código Nacional. En Gómez González, Arely (coord.). *Reforma penal 2008-2016. El sistema penal acusatorio en México* (pp. 367-393). México: INACIPE.
36. Gómez Lara, C. (2006). El debido proceso como derecho humano. En González Marín, N. (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*. T. II (pp. 341-357). México: Universidad Nacional Autónoma de México-IIIJ.
37. Hernández Flores, I. (2013). *Justicia para todos*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
38. Hernández Pliego, Julio A. (2009). *Los recursos ordinarios en el proceso penal*. México. Porrúa.
39. Ley de Protección a Víctimas del Delito para el Estado de México (LPV-DEM), publicada el 23 de febrero de 2009. Última reforma publicada en la Gaceta Oficial: 26 de octubre de 2011.

40. López Olvera, M. A. (2015). El debido proceso en el siglo XXI. En Carbonell Sánchez, M. y Cruz Barney, O. *Historia y Constitución. Homenaje a José Luis Soberanes Fernández*, T. I, (pp. 313-335). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
41. Muñoz Mena, E. (2016). *Principios rectores de los derechos humanos y sus garantías*. México: Flores Editor y Distribuidor.
42. Nuñez Leiva, José I. (2013). *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley*. México: Porrúa.
43. O'donnell, D. (2004). *Derecho internacional de los derechos humanos*. Colombia: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
44. Olivos Campos, J. R. (2016). *Derechos humanos y sus garantías*. México: Porrúa.
45. Ortiz Ruiz, José A. (2013). *Audiencia de formulación de imputación y vinculación a proceso. Generalidades*. México: Flores Editor y Distribuidor.
46. Ovalle Favela, J. (2001). *Teoría general del proceso*. México: Oxford.
47. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 23 y 24. DOF 05/1981.
48. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10. DOF 05/1981.
49. Poder Judicial de la Federación (2003). *Las garantías de seguridad jurídica*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
50. Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. DOF: 01/09/1998.
51. Roccatti, M. (1996). *Los derechos humanos y la experiencia del Ombudsman en México*. México: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México.
52. Rodríguez Huerta, G. (2014). Extranjeros y debido proceso legal. En Carbonell, M. y Salazar, P. (coords.). *La reforma constitucional de derechos humanos* (pp. 293-311). México: Porrúa, UNAM.
53. Rodríguez Rescia, V. M. (1998). El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, vol. II (pp. 1295-1328), San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea.
54. Rojas Amandi, V. M. (2006). El concepto de derecho de Ronald Dworkin, Biblioteca Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 380. Recuperado de :file:///C:/Users/SERIE-J/Downloads/28798-26067-1-PB.pdf

55. Romero Martínez, J. M. (2015). *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*. México: UNAM-IIIJ.
56. Ruiz Moreno, Á. G. (2010). Principios procesales necesarios en la administración de justicia en asuntos laborales y por prestaciones de la seguridad social en México. *Revista Latinoamericana de Derecho Social* (10), pp. 203-238.
57. Salazar Ugarte, P. (2011). Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción. *DOXA* (34), pp. 289-310. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10045/32777>.
58. Salmón, E. y Blanco, C. (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Perú: IDEHPUCP-Cooperación Alemana al Desarrollo Agencia de la GIZ en el Perú.
59. Sánchez Gil, R. (2015). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana. En Carbonell, M. (coord.), *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*. (pp. 281-319). México: Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
60. Silva García, F. (2013). Derecho de audiencia: arts. 14 constitucional y 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En Ferrer Mac-Gregor Poisot, E. y Caballero Ochoa, J. L. (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución*, T. II (pp. 1497-1531) México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM, Konrad Adenauer Stiftung.
61. Suprema Corte de Justicia de la Nación (2014), *¿Qué son las acciones de inconstitucionalidad?* México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
62. Suprema Corte de Justicia de la Nación (2013). *Derechos Humanos. Parte General*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
63. Suprema Corte de Justicia de la Nación (2003). *Las garantías individuales. Parte general*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
64. Tesis (XI Región) 1o. J/2 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, L 32, t III, julio de 2016, p. 1874.
65. Tesis 2a./J. 48/2016 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, L 30, t II, mayo de 2016, p. 1086.
66. Tesis I.3o.C.71 K (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, L 18, t III, mayo de 2015, p. 2157.
67. Tesis I.3o.C.79 K (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, L 19, t III, junio de 2015, p. 2470.
68. Tesis I.3o.C.95 K (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, L 24, t IV, noviembre de 2015, p. 3658.

69. Tesis P/J. 21/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, Tomo VII, marzo de 1998, p. 18.
70. Tesis P/J. 47/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, p. 133.
71. Tesis 1a./J. 11/2014 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, L 3, t I, febrero de 2014, p. 396, Jurisprudencia (Constitucional).
72. Tesis VII.2o.C.64 C (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima, Época, L 3, t III, febrero de 2014, p. 2179.
73. Tesis XVI.1o.T.32 L (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, L 29, t III, abril de 2016, p. 2240.
74. Tesis XXVII.3o. J/14 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, L 17, t III, abril de 2015, p. 1451.
75. Uribe Arzate, E. (2008). *Tribunal constitucional*. México: Universidad Autónoma del Estado de México, Miguel Ángel Porrúa.

Violación a los principios constitucionales de igualdad y reciprocidad internacionales en la política migratoria México-Estados Unidos

Violation of the principles of international equality and reciprocity in the US-Mexico immigration policy

RODOLFO TÉLLEZ-CUEVAS*
MARÍA TERESA CRUZ PATIÑO*

Resumen

Dentro del Derecho Internacional Público existen dos principios importantes para el logro de las adecuadas relaciones internacionales entre los Estados soberanos: los principios de *Igualdad* y el de *Reciprocidad Internacionales*, que son parte y columna del sostén de las relaciones existentes entre dos o más naciones. Sin embargo, metodológicamente estos principios –como parte también de las fuentes formales del Derecho Internacional Público– en la praxis no se cumplen cabalmente, como en el caso de las relaciones bilaterales México-Estados Unidos, con la constante violación de ellos por parte del vecino del norte. Uno de los aspectos donde no hay igualdad, y menos aún reciprocidad es en el orden migratorio, pues algunas situaciones no están signadas en el marco de la igualdad, y México –por ausencia de voluntad política, entre otros aspectos más– no ejerce alguna medida de retorsión, como por ejemplo la *nación americana* exige para su ingreso a los mexicanos y México no aplica la Reciprocidad vía la Retorsión, lo que obligaría a los ciudadanos estadounidense americanos a solicitar visado para ingresar a nuestro país. Todo esto en un terreno de igualdad y reciprocidad entre naciones soberanas. Es importante analizar los acontecimientos que se han presentado como violatorios de los principios ya citados, por parte de la política migratoria de Estados Unidos y, por ende, el derecho del Estado Mexicano de aplicar medidas de *retorsión* (como un medio pacífico de solución de controversias, que le permite el Derecho Internacional Público) para nivelar jurídica y políticamente las relaciones entre ambas naciones.

Palabras clave

Derecho Internacional Público, Principio de igualdad, Principio de reciprocidad, Política migratoria, Retorsión.

Abstract

Within Public International Law there are two principles of utmost importance for the achievement of adequate international relations between the Sovereign States: the principles of Equality and the International Reciprocity. These are part and column of support of the existing relations between two or more nations. However, we have seen that methodologically these principles –as also part of the formal sources of Public International Law– in praxis are not fully complied with, as in the



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

Abstract case of bilateral relations between Mexico and the United States, with the constant violation of them by part of the northern neighbor. One of the aspects where there is no equality and even less reciprocity is in the migratory order, because we have found some situations that are not signed in the framework of equality and Mexico -for lack of political will, among other aspects- does not exercise any measure of retaliation, as when, for example, the American nation requires Mexicans to enter and Mexico does not apply Reciprocity via Retorsion, which would oblige US citizens to apply for a visa to enter our country. All this in an area of equality and reciprocity between sovereign nations. It is important to analyze the events that have been presented as violating the principles already mentioned, by the United States immigration policy and therefore, the Mexican State's right to apply retaliatory measures (as a peaceful means of dispute resolution, allowed by international public law) to legally and politically level relations between both nations.

Key words Public International Law, Principle of equality, Principle of reciprocity, Immigration policy, Retaliation.

INTRODUCCIÓN

El problema esencial trata de una política migratoria desigual, desequilibrada y poco equitativa que violenta dos principios de Derecho Internacional Público. Por un lado, el principio de *reciprocidad internacional* y el de *igualdad internacional* de los Estados de parte del ente gubernamental hacia los migrantes. Y de aquí se deriva el problema más específico de la violación a los derechos humanos y con ello lesiona los intentos de consolidar una agenda internacional sobre el tema. Es una política migratoria desigual que lesiona el Derecho Internacional Público en el ámbito de la *Reciprocidad* e *Igualdad jurídica*, desde el momento de que el mexicano deba emplear visa para ingresar al territorio estadounidense. Con esto le damos la razón a los conservadores y monárquicos de la segunda mitad del siglo XIX: "el enemigo no era Francia, sino Estados Unidos y no se equivocaron".¹

La política estadounidense respecto de nuestro país ha sido cruenta y de una forma expansionista e imperial al grado de que se ha visto la desigualdad y la falta de reciprocidad al ámbito económico y que se ha fortalecido mediante la vigencia del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y Canadá (que data de 1994). Es el hecho de que, en dicho tratado de eminente corte comercial, se permite el "libre tránsito" de mercancías, pero no de personas y en contraposición con la Unión

¹ El mismo Porfirio Díaz lo patentó cuando dijo: "Pobre México, tan lejos de Dios y tan cerca de los Estados Unidos".

Europea con la que México también se ha vinculado –vía tratado comercial– en igualdad y reciprocidad de circunstancias. Para el caso de la relación México-Unión Europea, los ciudadanos mexicanos tienen la libertad de tránsito con todos y cada uno de los países de la Unión y viceversa, lo cual sería una situación ejemplar de una real política solidaria e igualitaria, lo que no sucede con Estados Unidos.

PROBLEMÁTICA

Después de la mitad del siglo pasado, “los países de Latinoamérica se vieron involucrados en una interdependencia entre sí, debido a los paralelismos existentes entre ellos, así como sus propias evoluciones, que fueron muy semejantes” (Dabène, 1997, p. 15). Durante la reconstrucción de esa época, los países de América Latina han ido creciendo similarmente y los ha unido la interdependencia por cuestiones comerciales –en su mayoría– o por identidades ideológicas o de corte político. Casi toda la segunda mitad del siglo XX, desde Guatemala hasta Tierra del Fuego –en Argentina– las naciones centro y sudamericanas tuvieron condiciones de inestabilidad. En este sentido, nuestro país se “salvó” gracias a la visión de los generales de la revolución. La inestabilidad política de esas dos regiones de América fue letal para el crecimiento y desarrollo de dichos pueblos que entre asonadas, golpes de Estado y derrocamientos de los gobernantes constitucionalmente electos, produjo una inseguridad no sólo en los mercados sino en la región ante los ojos del mundo de occidente y el oportunismo de los Estados Unidos, quien sacó la mejor parte al poder *manipular y/o poner en el gobierno* a quienes mejor representaran sus intereses; e incluso recorrió por toda la región el fantasma del comunismo, razón por la cual se favorecieron muchas dictaduras militares, como las de Stroessner en Paraguay, Videla en Argentina, por mencionar algunas (y crear la *Operación Cóndor* que era una estrategia diseñada para perseguir a disidentes y movimientos de orientación marxista, comunista y de izquierda) que desarrollaron sistemas poco democráticos y auspiciados o apoyados por nuestro vecino del norte (Dabène, 1997, pp. 60-69).

Durante el proceso de reconstrucción de Europa, tras la Segunda Gran Guerra, también se dio la recomposición de la geografía política y territorial del continente. Esto trajo como consecuencia constantes movimientos migratorios, principalmente de los países perdedores y/o de las viejas excolonias europeas hacia sus naciones madres. Oleadas de migrantes gestaron cambios en las políticas de las naciones triunfadoras y en aquéllas que estuvieron de parte de los Aliados.

Según García Cantú, desde “1800 los Estados Unidos eran una nación agrícola” y varios de sus primeros gobernantes fueron de ascendencia terrateniente (1986, p. 11) y fue desarrollando un proyecto de nación que fue industrializándose, urbanizando sus principales ciudades. Por eso el expansionismo de esta nación fue una de sus características esenciales, hasta la consabida política del *Destino Manifesto* que incluía –por la compra, la anexión y/o la guerra– el apoderamiento de territorio hacia el sur (García Cantú, 1986, pp. 14-15). Por eso uno de los principales problemas de una nación mexicana naciente fue detener ese expansionismo sustentado en la consolidación económica de los Estados Unidos (Castañeda y Pastor, 1989, p. 22). Tras diferentes sucesos bélicos, las dos naciones fueron construyendo una supina cartera de trabajo, que ha venido ampliándose en cuanto a los temas que la

componen. Así uno de estos temas es la migración de mexicanos a aquellas tierras, durante la segunda mitad del siglo XX hasta la actualidad.

Así, la Segunda Guerra Mundial también trajo sus consecuencias en la relación México-Estados Unidos, ya que, de aquella época, los estadounidenses americanos tuvieron necesidad de aportar *mano de obra bélica* y en ese sentido las grandes extensiones de la economía primaria se vieron afectadas. En reemplazo, el gobierno yanqui vio bien la idea de importar recursos humanos baratos y temporales. Así, nació la figura del *mojado* quien fue contratado para trabajar los campos del país norteamericano.

Para el caso nuestro, la migración de mexicanos a territorio estadounidense ha estado en la agenda internacional del gobierno mexicano desde los años 50 del siglo XX. Las relaciones entre ambas naciones, además del corte económico y diplomático, han dejado de largo el problema de los *indocumentados* mexicanos, situación que incluye desde términos eufemísticos (ayer *espaldas mojadas* hoy indocumentado o ilegal) hasta leyes como la *Simpson-Rodino*, o los deseos de construir un muro fronterizo. Este problema migratorio de las relaciones entre ambos países han sido temas a debate, sin ningún viso de solución. Lo serio del problema es la constante violación de los derechos humanos de los *indocumentados* o *ilegales*.

CONTENIDO TEÓRICO

El Derecho Internacional Público esgrime principios y bases no sólo teóricas sino también apogemas internacionales, que *per se* son condicionales para las adecuadas relaciones internacionales o relaciones jurídicas entre los Estados como nación, ya que los Estados soberanos se rigen por la igualdad jurídico-internacional. Lo mismo opera para los connacionales de cada Estado soberano y en este sentido los derechos y obligaciones serán recíprocas para sus soberanías a través de sus gobiernos y sus ciudadanos, lo cual se aplica a los derechos humanos en específico. Estas circunstancias también son operativas en los tratados internacionales de orden económico, pues el libre intercambio de mercancías también ha operado con las personas, pues *el trabajo* es parte de un mercado latente entre las naciones que están sumadas en un tratado. El turismo también se fomenta y se desarrolla fehacientemente, reiterándose la igualdad y la reciprocidad.

Por lo tanto, se puede hablar de tres aspectos que van unidos en torno a la igualdad, la reciprocidad de los derechos humanos, que también les son conculcados en los derechos humanos. Así, tenemos primeramente que los Estados soberanos son iguales jurídicamente. El Derecho Internacional como una de sus fuentes emplea a los tratados internacionales y así mismo la *costumbre*, la cual es de suma importancia en las naciones europeas, en la construcción de un modelo de Estado, el *Estado Comunitario* y reflejo de ello lo han sido las nuevas estructuras de lo que hoy conocemos como Unión Europea, donde desde sus viejos antecedentes –la Comunidad Europea– se cifraron en el ámbito comercial para establecer un mercado común, que fuera la unión de todos los mercados nacionales. Obvio, ello incluía:

La libre circulación de mercancías, la *libre circulación de trabajadores*, la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, la libre circula-

ción de capitales, la agricultura, la política de transportes, la política social y la competencia (Borchardt, 1986, p. 10. Las cursivas son nuestras).

Los ejemplos de esta relación y vinculación de lo que sería la Comunidad Europea —y más tarde la Unión Europea—, sirven de paradigma de cómo en las naciones más desarrolladas y mejor posicionadas el libre tránsito de personas (en este caso trabajadores) se presenta como una parte de fomento a la relación multilateral, empoderando el principio de reciprocidad, cosa que no sucede en la relación bilateral entre México y Estados Unidos; dicho principio es olvidado y/o violado repetitivamente e *ipso facto* por los Estados Unidos, y en justicia internacional no es válido, pues vulnera la idea de igualdad soberana entre las naciones. En realidad, la unidad que es el *leitmotiv* de todo sentido comunitario —y que en el caso de Europa se signa, pero no opera de Estados Unidos para con nosotros—, razón por la cual sí ha operado la unidad en todos los ámbitos de la vida europea (Borchardt, 1986, p. 14). Hoy en día la *mundialización del mundo* es a gran escala.

Después de lo anterior, diremos que esa gran escala se perfila en los grandes mercados comerciales, es decir, que el comercio internacional ha venido a sustituir las políticas gubernamentales por la *gestión pública*, la gobernanza y las políticas públicas, que no son más que el reflejo del modelo Neoliberal en el mundo, que no sólo abarca a la economía, sino la educación, la cultura, la migración, los derechos humanos y sistemas judiciales; así como a los esquemas del *mercado político* ante las necesidades del bienestar común. Hoy el derecho y la política han sido rebasadas, gracias al mercado y la globalización; es decir, que se pondera más a la economía que al derecho y la política, como puntas señeras del avance y desarrollo de una nación. Hoy los libres mercados son un hito en la modernización de la estructura nacional, por eso mismo la libertad de tránsito se hace necesaria ya para la libertad económica e incluso la libertad de orden política y jurídica (Ibarra, 2016, pp. 393, 394, 397). Por eso más que nunca la libertad de tránsito debe estar conculcada y ser parte de los tratados migratorios y comerciales; y, por ende, a la libertad de tránsito debe asociarse la igualdad, la cual centra ésta desde los ámbitos más altos hasta los esquemas más comunes. Es decir, que esta libertad de tránsito nos hace iguales como ciudadanos y como Estados soberanos. Por eso, el Derecho Internacional y las relaciones entre México y Estados Unidos deben ser de manera que fomente la libertad y la igualdad soberana y ciudadana, y con ello fortaleciendo los principios internacionales de igualdad y reciprocidad internacional.

PRINCIPIO DE IGUALDAD INTERNACIONAL

Inicialmente los Estados soberanos se reconocen en cuanto a su posición dentro de la comunidad internacional y por lo tanto deben ser ubicados en un contexto de igualdad. En este sentido, al ser reconocido un Estado por otros lo ubican como un igual, con todos los derechos y obligaciones, así como con su estructura interna, lo que implica que la comunidad internacional se basa en esa identidad de igualdad jurídica, propia del Derecho Internacional (López, 2014, p. 79).

En este tenor de cuestionamientos, cada Estado soberano, Estados iguales, protegen a sus individuos a través de su actuar diplomático, lo cual avala dicha

igualdad soberana (Fuentes, 2008, p. 8) y en ello se implica que esa protección debe ser recíproca a todos los Estados por igual. Así, el principio de igualdad también se refleja en un principio de derecho internacional, es decir, que hablamos de la *Pacta sunt servanda* o lo que es lo mismo: *Lo pactado entre iguales debe cumplirse*. Esta cuestión se aplica a la buena fe de los Estados en otorgarse derechos y obligaciones entre sí mediante los tratados internacionales (incluidos los de orden económico, político y desde luego en materia de migración).

Por otro lado, y para reforzar este cometido, la misma Asamblea de las Naciones Unidas en su *Resolución 2526* avala la igualdad jurídica de los Estados soberanos y esta misma conlleva el trato igualitario a nacionales y extranjeros —el caso de los migrantes— (López, 2014, pp. 74-75; Arellano, 1986, p. 22). Si los Estados son iguales entre sí, debido a su esencia soberana, luego entonces las leyes que internamente se aplican a sus connacionales deben ser aplicadas en *reciprocidad* a los que no lo son, es decir, a los extranjeros, debido a que sí el Estado receptor *trata adecuadamente a los extranjeros* que se hayan en su territorio, luego entonces el Estado de donde son nacionales, deberá dar un trato igualitario en un aspecto de *retorsión internacional*. Aunque, la retorsión es una forma de solucionar la aplicación del derecho interno a los no connacionales y esta cuestión será relevante en cuanto a los migrantes y/o extranjeros que legal o ilegalmente hayan ingresado al territorio de un país que no es el suyo. Esto hablaría de que el principio de igualdad internacional de los Estados soberanos es un elemento genérico a todos ellos y que al desglosarse —digámoslo así— en su particularización hasta conculcarlos en los generadores del derecho individualizado, el elemento extranjero —de acuerdo con el Derecho internacional privado—.

La igualdad entre iguales se refleja aún en las partes que los componen y para el caso de los Estados soberanos, aplica de forma particular en torno a los que no son nacionales de un Estado receptor. Si bien es cierto lo anterior, también lo es que, al interior de cada Estado, éste debe aplicar las políticas de seguridad nacional —sin contravenir el Derecho Internacional— que crea convenientes para aquellos casos donde la legalidad de sus leyes opere, por ejemplo, con los requisitos de ingreso del elemento extranjero (Derecho migratorio) a su soberanía.

Este aspecto de la igualdad, como principio, debe ser parte —como ya lo es doctrinalmente— de ese derecho comunitario, que viene a fortalecer los nexos y lazos entre los Estados y los ciudadanos mismos, haciendo que el nuevo orden sea integral, es decir, en todos y cada una de las diferentes esferas internacionales. Y esto en nuestro principio de igualdad internacional, se apega en sumo a los ciudadanos, pues “ningún ciudadano puede ser objeto de discriminación en función de su nacionalidad; todos deben ser iguales ante la ley, como se señaló en un análisis previo a la conformación de la Comunidad Europea” (Borchardt, 1986, p. 14).

En el caso de la *igualdad internacional*, no sólo es un principio jurídico, político, económico y social del derecho internacional, sino que también opera para los Estados y los organismos internacionales, es decir, para sujetos típicos y atípicos del derecho internacional. Y desde este punto de vista, es omisa la actitud *consuetudinaria* de los Estados, Organismos Internacionales *et al* que son regulados por el derecho internacional y por ende debe velarse porque se cumpla. Es más, está vindicada a los tratados internacionales, razón por la cual, al no ser incluida de forma regular y sólo aislada, se rompe este principio. Doctrinalmente y a través de los tratados internacionales, el principio de igualdad internacional se plasma en principios fundamentales de la celebración de tratados. Estos son: a) *Res inter alios acta*; b) *Pacta sunt servanda*; c) *Ex consensu advenit vinculum*; y, d) *Ius Cogens*.

1. El *Res inter alios acta*, es un principio que auspicia –entre cosas diversas– que el trato de igualdad entre los tratados está presente en los tratados internacionales y, es más, en la famoso *cláusula de la nación más favorecida* coloca a los Estados que se adhieren a un tratado ya previo entre otras naciones, el Estado adherido se “coloca en igualdad de derechos respecto de ellos”, los otros Estados (Guerrero Verdejo, 2018, p. 66);
2. Lo *Pactado entre iguales debe cumplirse –Pacta sunt servanda–*, que es un principio base y pilar de la buena fe de los Estados cuando celebran un tratado internacional y que fija de pleno derecho, la igualdad soberana y potestativa de un Estado como nación que se compromete y obliga a cumplir dicho instrumento que fomente las relaciones internacionales, y con ello la igualdad de las naciones entre sí (Guerrero Verdejo, 2018, pp. 67-68);
3. El *Ex consensu advenit vinculum*, es un principio fundamental y “encuentra su explicación en la idea de que los *Estados son jurídicamente iguales...*” (Guerrero Verdejo, 2018, p. 69, las cursivas son nuestras) y este postulado se contempla en la Carta de la ONU misma; y,
4. Hay *Ius cogens* cuando hay un orden público internacional, es decir, que hay un orden jurídico reconocido como válido para todas las naciones y que incluye la *igualdad de derechos* y la libre determinación de los pueblos, así como la *igualdad soberana de los Estados* (Guerrero Verdejo, 2018, p. 71, las cursivas son nuestras).

Como se alude en los principios de los tratados internacionales, donde se plasma la igualdad internacional de las naciones que los celebran, reforzaremos lo anterior con lo plasmado en la Carta de las Naciones Unidas, misma que en su preámbulo reafirma “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la *igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes o pequeñas, (...)*” (Cit., en Guerrero Verdejo, 2018, p. 135, las cursivas son nuestras), lo cual indica que la igualdad internacional no sólo es para los Estados y/o naciones, sino también para hombres y mujeres indistintamente. Este razonamiento se configura en el cuerpo de la *Carta...* en el artículo 2, número 1, donde se lee: “La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros” (Cit., en Guerrero Verdejo, 2018, p. 137).

Lo anterior por lo que respecta del Derecho Internacional Público y los tratados internacionales. Ahora bien, la materia del Derecho Internacional Privado, la nacionalidad es una categoría de análisis y que ya opera directamente al individuo como persona física o *persona humana*. Por otro lado, el Derecho Internacional Privado, ya en materia de personas físicas y colectivas, es decir, respecto de particulares o individuos aborda el aspecto del no nacional o *Elemento extranjero* que lo ubica como un serio problema de corte *conflicto de leyes*, es decir, si se aplica un mínimo de derechos a los extranjeros y no. En algún sentido se toma como referente la *nacionalidad* de la persona física y/o colectiva. Por lo tanto, hay dos aspectos y/o categorías que matizaremos como parte de esa igualdad internacional. Es decir, que la presencia temporal o permanente del elemento extranjero, considerado como no nacional, entra en *conflicto de leyes* nacionales, debido a que si se aplican u otorgan derechos a los extranjeros internados en un país que no es el suyo. Por eso, la polémica a la cual se respondería si los extranjeros deben o no tener un mínimo de derechos y prerrogativas o no –ser más limitados–, lo cual resalta el principio de igualdad internacional y lo dispuesto por la ONU (Arellano, 1986, pp. 313-319).

Enfocado a nuestro tema, el *principio de igualdad* aquí se liga estrechamente al de igualdad, si tomamos que los seres humanos –hombres y mujeres– son una categoría ligada a la igualdad como género y especie en el mundo; misma que le agregaremos el adjetivo de *elemento extranjero*, ya que al no ser nacionales esos hombres y mujeres no nacionales, les estamos coartando la libertad de tránsito (Arellano, 1986, pp. 319-320). En este tenor de ideas, podremos consensuar que el mínimo de derechos al elemento extranjero debe concedérsele, entre ellos Arellano discurre que deben ser los mínimos siguientes:

1. Los extranjeros son reconocidos como sujetos de derecho;
2. Los derechos de orden privado adquiridos por el elemento extranjero, en principio deben respetársele;
3. Se concederán a los extranjeros los derechos esenciales de libertad;
4. Todos los extranjeros tienen derecho a la impartición de justicia fuera de sus naciones y en los territorios de naciones externas a ellos;
5. Hay protección a los extranjeros en contra de delitos, en contra de su vida, su libertad, propiedad y su honor (Arellano, 1986, p. 322).
6. Nosotros agregaríamos los derechos de una libertad de tránsito, pues es esencial para el fomento al trabajo y mejores condiciones de vida;
7. Usaremos la *Teoría de la ficción jurídica* para determinar cómo derecho mínimo es la igualdad como individuos, ciudadanos y personas que se pretenden reintegrar a la sociedad que los ha acogido desde su nacimiento.

Al asociar a la *igualdad internacional*, la *nacionalidad*, el *elemento extranjero* y el *mínimo de derechos al extranjero* podemos ubicar que debe ser un trato similar o igual con otros no nacionales, lo cual es responsabilidad del Estado receptor. Obvio que este supuesto se da exclusivamente en el sentido de que el elemento extranjero ya ingresó a la nación ajena a la suya. Pues apoyando el principio de igualdad internacional, se postula la *Teoría de la Ficción Jurídica* en el problema que nos aqueja.

Es decir, si en México el elemento extranjero de nacionalidad estadounidense americana tiene un mínimo de derecho al ingresar a nuestro país y cuando sucede, se le trata con un mínimo de derechos iguales a los de los mexicanos; luego entonces, aplicando la ficción jurídica, los mexicanos que deseen ingresar a Estados Unidos, como no nacionales o elemento extranjero, también se les dé, el trato –*ficción jurídica*– mínimo como ellos en nuestro territorio.

En caso contrario, porque la política exterior estadounidense americana no lo permita, entonces hay una solución al conflicto de leyes en el espacio: la aplicación de los medios pacíficos de solución de conflictos. Es decir, que México está en todo su derecho para aplicar la *Retorsión*, las *Represalias Pacíficas*, la *Legítima Defensa* o la *Autoprotección*, mismas que le permite el Derecho internacional público (Ortiz Ahlf, 1989, pp. 150-151). Que en nuestro caso opera la Retorsión, que podemos definir de la siguiente forma:

Es la “contestación de “un acto lícito, pero poco amistoso o ilícito de menor gravedad con otro acto (lícito) ilícito poco amistoso” (Ortiz Ahlf, 1989, p. 150).

De esta forma hacemos un hincapié en el hecho de que el principio de igualdad opera jurídicamente, aun con restricciones, pero estas deben ser recíprocas para el Estado y gobierno de donde ubicamos al elemento extranjero, que para este caso

es el migrante. Y pareciera que, de un problema legal, pasamos a uno de carácter más iusfilosófico al considerar que un particular puede ingresar a un Estado que no es el suyo legal o legítimamente, siendo dos concepciones diferentes.

El principio de igualdad jurídica le da a los Estados la garantía de ser tratados entre sí y en la comunidad internacional con esa misma calidad, como iguales en todos los aspectos. Pero el principio va más allá. Lo mismo opera con los gobiernos de cada Estado y con sus ciudadanos respectivamente; empero, esta situación en la práctica no resulta todo lo eficaz legalmente, y un caso lo tenemos la violación de derechos humanos de los migrantes o transmigrantes según el caso. De ahí que, en el caso de nuestro país, el interés de la política exterior en materia de derechos humanos ha llevado a los gobiernos mexicanos a firmar tratados internacionales con Estados Unidos –principalmente– para refrendar este sentido de igualdad jurídica ciudadana (López Badillo, 2016, p. 63). Es decir, que debe haber un sentido recíproco entre las naciones firmantes para que el objeto del tratado se cumpla fervientemente. En este sentido se conculca el principio de reciprocidad internacional, el cual veremos a continuación.

PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD INTERNACIONAL

Este principio de reciprocidad es uno de los más operativos en el derecho de los tratados internacionales, e implica sencillamente que los Estados soberanos y sus políticas internacionales (vinculadas a sus entes internos como el caso de sus ciudadanos, que para el otro Estado tratante sea también regla jurídica y obligue a ambas naciones como iguales), mismas que incluyan a sus nacionales, éstos “reciban el mismo trato otorgado” en dicho tratado o dicha relación jurídica entre Estados soberanos (Roca, 2008, p. 127).

Lamentablemente este principio o es muy poco usado, o ignorado, o simplemente se supone *in situ* adherido a la soberanía misma –en un sentido político– a los Estados y permea a la *Pacta sunt servanda* (ya citada con antelación). Dicho de otra forma, el principio de reciprocidad está comprendido como: “La reciprocidad no es otra cosa que la plasmación de los principios de la seguridad y de la soberanía. Aunque, como se ha dicho, ‘tal reciprocidad no es matemática, ni jurídica, ni moral, sino política: en efecto, cada parte la aprecia en función de sus intereses y de su supremacía. La reciprocidad es una búsqueda de igualdad y de dignidad, pero un Estado siempre puede renunciar a exigirla’” (Roca, 2008, p. 130).

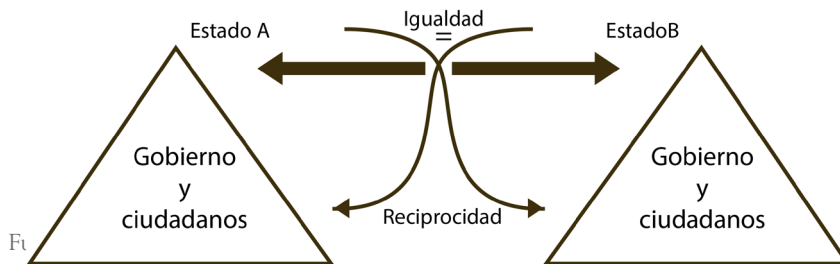
Ahora bien, desde la firma del Convenio de Viena de 1961, que es base para las relaciones diplomáticas y de nuestro interés pues en su artículo 47, se aprecia que:

- a. No habrá discriminación entre los Estados signantes del convenio; y,
- b. Que no es una práctica discriminatoria que un Estado aplique un criterio restrictivo cualquier disposición en su política interna; y, que “los Estados se concedan recíprocamente un trato más favorable (...)” para sus relaciones internacionales (Roca, 2008, p. 130).

Así que el principio de reciprocidad estriba en “el ofrecimiento de un mejor trato, sobre la base del Derecho interno, se hace siempre a reserva de reciprocidad y ésta

puede concretarse por una costumbre o, en la práctica más generalizada, por acuerdo entre los Estados interesados. Ello pone en relación el principio de reciprocidad con el de igualdad (...)” jurídica (Roca, 2008, p. 131). Lo anterior lo esquematizamos a continuación.

Esquema 1. Igualdad y reciprocidad entre Estados soberanos



En este tenor de ideas nos surge una interrogante: ¿La políticas migratorias de ciertas naciones, en lo que respecta a su soberanía jurídica interna, son y están por encima de los principios del *Derecho Internacional* que aplican a la mejora de las relaciones internacionales entre los pares, y ello incluye a sus conciudadanos?

Para el caso que nos interesa, es saber cómo se aplicaría en el caso de los migrantes –por un lado– y en cuanto a la desigual práctica de la situación injusta de tratar a extranjeros con mayores probabilidades y/o beneficios migratorios de internación. Posiblemente en los Derechos Humanos tengamos alguna respuesta que nos permita esclarecer más la interrogante para migrantes *indocumentados* y para la internación de estadounidenses sin necesidad de que se les requiriese el visado mexicano para ello.

DERECHOS HUMANOS

El *iusnaturalismo* ha retornado y se ve reflejado en nuestra misma legislación: en la misma Constitución Política, lo apreciamos en su artículo 1 y en otras partes de la misma *Ley Suprema*; así mismo, lo podemos contemplar en una errónea copia de un nuevo proceso acusatorio impuesto en casi todos los ámbitos de la práctica judicial²...esto entre otras cuestiones de orden no sólo jurídico sino también político y social.

Y en esas otras, tenemos a los derechos humanos, que son vistos como la panacea del sistema judicial y jurídico en nuestro país que se ha volcado a gestar un derecho híbrido (mezclando el derecho positivo con el derecho natural, *ius-*

² Esta postura es exclusiva responsabilidad de Rodolfo Téllez-Cuevas, en su carácter de abogado.

positivismo e *iusnaturalismo*). Empero, no nos detendremos aquí a disertar sobre este tenor, sólo bástenos decir que los derechos humanos son aquéllos que le son inherentes al individuo por el simple hecho de *ser humano*, es decir, que son aquellos derechos que por su propia naturaleza el hombre tiene y dispone *per se*. Así mismo, los derechos humanos, como lo dice López Badillo, se encuentran en un proceso de construcción, ya que son propios de una nueva estructura jurídica (López Badillo, 2016); pero que no va en contra de lo protegido por lo que se conocieron como *garantías individuales*, pues aquéllos son más universales en su objetividad y aplicación internacional.

Los derechos humanos, en una situación de ubicuidad también se reconocen por número de *generaciones*. Así tenemos que los de *primera generación*, son los derechos civiles y políticos, donde el individuo es el sujeto activo y el valor jurídico y político es la libertad; los derechos humanos de *segunda generación* son los derechos económicos, sociales y de orden cultural, donde ahora el sujeto activo será el ciudadano, ponderando la igualdad entre los mismos ciudadanos. Los llamados derechos humanos de *tercera generación* son conocidos como derechos de solidaridad y se reconocen como tales a la libre determinación de los pueblos y al desarrollo.

A este respecto, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948, en su artículo 13, declara que es un derecho humano que:

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948).

Por lo antes expuesto, consideramos que una persona podrá libremente transitar por cualquier territorio, no sólo nacional o de nación diversa a la suya. Si bien es cierto lo anteriormente señalado, el artículo 29 de dicho ordenamiento establece que “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” (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948). Por lo tanto, debe constreñirse a la ley de su territorio y/o de otro que no sea el suyo; luego entonces, si su nación y otra han firmado algún tratado en cuanto a una política migratoria en defensa de los intereses de sus connacionales, ésta debe estar acorde a los dos principios que hemos conculcado anteriormente: el de igualdad jurídica y reciprocidad internacional.

Es precisamente de esta última situación jurídica, de la cual países como Estados Unidos han violentado los derechos humanos de los migrantes que califica de *indocumentados* o de *ilegales* por el simple hecho de carecer de un solo documento: la visa de esa nación para poder internarse en ella, sin el menor problema; empero eso no sucede con los ciudadanos y/o personas de ese país, a los cuales sólo les basta en algunos casos aberrantes de mostrar una simple credencial –sin siquiera pasaporte– e ingresar a territorio mexicano. He aquí un grave problema de derechos humanos y de derecho internacional, atentatorio a los dos principios que ya antepusimos a este conflicto. Y por estas razones –entre otras–, la política migratoria de la agenda entre México y Estados Unidos se ve complicada, y esto no es de unos años para acá, el problema ha sido muy grave y lleva años en la mesa de negociaciones.

La flagrante violación del gobierno estadounidense y la tibieza de los gobiernos mexicanos, ante la acre omisión al principio de reciprocidad internacional y con ello a la igualdad soberana, a través de la humillante exigencia del gobierno de Estados Unidos, de que para ingresar a ese país se requiera *obligatoriamente de visa y ese mismo principio en un acto de retorsión internacional debiera aplicarse a los estadounidenses que ingresen a México*. Uno de los justificantes —si se quiere ver así para el timorato gobierno mexicano— sería el ingreso de divisas que por conceptos de derechos ingresarían al fisco mexicana...y estaríamos en igualdad de circunstancias.

Sin embargo, "la propia naturaleza política de esa nación y sus gobiernos hacen imposible una *buena voluntad de diálogo y consenso* por parte de su política exterior" (Castañeda y Pastor, 1989, p. 192), lo cual nos hace —como lo calificó el político e historiados carioca Alan Riding— "vecinos distantes" (Riding, 1985). Y si a eso le aplicamos las políticas de algunos de sus gobernantes, en particular los provenientes del partido Republicano, con los que no simpatizan con los mexicanos, como el caso de Reagan y su política neoliberal monetarista (Reaganomics, propia de los *Chicago Boys*³). En poco o en nada favorecieron la relación diplomática y menos aún la política conservadora en materia migratoria de ellos hacia México y sus migrantes. Esta política dura de tratar al migrante indocumentado —sin visa de trabajo, en la mayoría de los casos— ha especulado también al interior de esa nación, y para ello de muestra tan sólo hay una muestra del problema: el mismo gobierno estadounidense en 1986 publicó la llamada *Ley Simpson-Rodino*.

La citada ley tenía como principal tenor: establecer más controles para los empresarios estadounidenses que contrataran migrantes ilegales, y "de regularizar la situación de los clandestinos residentes con fecha anterior a 1982. La IRCA⁴ contenía tres tipos de medidas: 1. Sanciones a los empresarios que contrataran ilegales 2. Medidas de coerción (control de fronteras, control e inspección interior, establecimiento de sistemas de expulsión) y 3. Regularización de un importante contingente de ilegales. La 'Ley Simpson-Rodino' era la respuesta del Gobierno de Reagan a la presión de ciertos sectores de la sociedad americana, que venían manteniendo una actitud hostil frente a los indocumentados".⁵

Para el caso que nos ocupa, los migrantes mexicanos, estas posiciones y violaciones flagrantes que han existido durante muchos años por parte de los Estados Unidos, son un simple bosquejo de lo que ha sido una política exterior de nuestro gobierno ante los embates conservadores y cerrados que han venido a afectar no sólo a los mexicanos sino también más aún a otros pueblos latinoamericanos (excepción de Puerto Rico, que no es un país, es una *Protección* y que por eso sus ciudadanos pueden entrar libremente a Estados Unidos, e incluso el gobierno de Washington les otorga sus pasaportes). Todo ello hace a los migrantes muy vulnerables en sus derechos (García y Lovera, 2010, p. 127 y ss).

Así, el fenómeno migratorio ilegal es un problema muy complejo por los entes involucrados (personas, gobiernos, tratantes —*polleros*— y demás ralea que se aprovecha de la necesidad de los migrantes indocumentados. E incluso se ha hecho todo un melodrama con el tema de los ilegales que desean cruzar la frontera con el arriesgo de morir o ser víctimas de sus mismos conciudadanos, en el mejor de los

³ Una discusión más acabada y que coronaría la política de Neoliberalismo económico reaganiano, lo será a posteriori el Consenso de Washington de 1989, que es uno de los posicionamientos de la política económica gringa allende sus fronteras sureñas.

⁴ "Immigration Reform and Control Act" (IRCA) de 1986, así oficialmente realizada.

⁵ Disponible en <http://lastrestunas.blogspot.mx/2005/05/ley-simpson-rodino.html>. Consultado el 6 de septiembre de 2018.

casos (García y Lovera, 2010). Esto mismo ha venido sucediendo con los indocumentados de Centroamérica que han hecho famosa a la *bestia*⁶ en su periplo dentro de nuestro territorio y que inicia desde Chiapas hasta el norte de la república mexicana. Y sobre ello sería interesante abordar el tema en específico.⁷

De todo esto se recogen varios comentarios al respecto, mismos que plantearemos en las conclusiones de este breve estudio sobre la migración ilegal y la violación de los derechos humanos a estos y la inoperancia –por falta de valentía– de los principios de igualdad jurídica soberana y de reciprocidad internacional en la política y agenda internacional de las relaciones México-Estados Unidos.

CONCLUSIONES

- 1.- El Derecho Internacional reconoce no sólo doctrinas sino principios legales que le son comunes a las naciones que, mediante las fuentes de derecho internacionales, como los convenios y tratados, los reconocen como universalmente válidos.
- 2.- Dichos principios deben ser comunes y de uso obligatorio a las naciones que pertenecen a la Comunidad Internacional y que son óptimos para el buen conducto de las Relaciones internacionales, y son los de Igualdad soberana de los Estados y el de Reciprocidad entre estos últimos, para con sus gobiernos, instituciones y personas.
- 3.- Los derechos humanos son y están de *modê* dentro de un mundo donde las controversias internacionales y el poderío de la hegemonía siempre vulneran éstos y los más sencillos principios del derecho entre las naciones libres y soberanas. Por lo tanto, el derecho a transitar libremente por territorio nacional y/o de otras naciones es vulnerado no sólo por los gobiernos de esos países sino por actores que incluso son parte de la delincuencia y el abuso de las condiciones de los migrantes ilegales.
- 4.- Los migrantes no son de un tiempo a la fecha. La política bélica de los Estados Unidos en los años de la Segunda Gran Guerra obligó a su gobierno a permitir el ingreso de mano de obra barata para suplir la mano laboral en el sector primario, al grado de que quedó rebasada dicha política, razones por las cuales tuvo que limitarla, al grado de implementar acciones y/o leyes discriminatorias aun para sus nacionales en perjuicio claro de los migrantes ilegales.
- 5.- México, amparado en los dos principios de igualdad y de reciprocidad *tiene todo el derecho de limitar el ingreso de ciudadanos estadounidenses a su territorio y obligarlos a que adquieran del gobierno mexicano la visa respectiva.*
- 6.- La agenda de política migratoria de ambas naciones ha estado abierta siempre y con paliativos que favorecen más a la cerrazón *yanqui* en perjuicio de una solución bien negociada por parte de ambas naciones. Es decir, que la política migratoria es un tema inacabado y con graves problemas, que urge una solución precisa y un gobierno mexicano capaz de defender a sus nacionales.

⁶ *La Bestia*, con este nombre reconocen y llaman los salvadoreños –primordialmente– al tren de carga que los transporta desde varios puntos de México hasta la zona fronteriza con Estados Unidos, puesto que, en su país al sistema ferroviario, limitado, por cierto, por su voluminosidad y aparatosa figura, lo igualan a las bestias místicas.

⁷ Los centroamericanos que cruzan nuestro país de hecho no son migrantes, sino *transmigrantes off the record*.

7.- El problema migratorio en la frontera norte de México se ha ampliado con la llegada de *transmigrantes* ilegales de otras latitudes del continente y que han usado a México como puente para lograr el *sueño americano*. Pero con ello han desatado una *industria* del indocumentado que ha venido a beneficiar a actores con claros tintes delictivos y que también se suman a la lista de violadores de los derechos humanos de los migrantes ilegales.

8.- Ante la constante e inveterada violación de los principios internacionales de igualdad y reciprocidad por parte de los Estados Unidos a México, en las personas de sus ciudadanos, al no permitirles la internación a su territorio, salvo la condicionante del instrumento de visado, luego entonces aplicar como respuesta soberana —vía la *Teoría de la Ficción Jurídica*— una medida pacífica de solución de la presente controversia o conflicto de leyes en el espacio: la Retorsión a todos los ciudadanos estadounidenses americanos que pretendan ingresar —sin importar la calidad migratoria— a nuestro territorio, ya temporal o permanentemente.

REFERENCIAS

1. Arellano García, C. (1986). *Derecho Internacional Privado*. México: Porrúa.
2. Borchardt, K. D. (1986). *El ABC del Derecho Comunitario*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, edición en español.
3. Castañeda, J. y Pastor, R. L. (1989). *Límites en la amistad. México y Estados Unidos*. México: Joaquín Mortiz-Planeta.
4. *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948). ONU, Washington.
5. Dabène, O. (1997). *La région Amérique Latine. Interdépendance et changement politique*. France: Presses de Sciences Po.
6. Fuentes, D. E. (2008). *Derecho Internacional. Nacionalidad y protección a la persona en el extranjero*. México: Miguel Porrúa-LXI Legislatura Cámara de Diputados.
7. García Cantú, G. (1986). *Las invasiones norteamericanas en México*. México: Lecturas Mexicanas, #57, Ediciones Era-SEP.
8. García, E. y Lovera, B. (2010). *Derecho y vulnerabilidad social*. México: UAEM-Pac editores.
9. Guerrero Verdejo, S. (2018). *Tratados*. México: UNAM.
10. Ibarra, D. (2016). *Macroeconomía par México y América Latina. Teoría y aplicaciones*. México: LAES-Colegio de Economistas de la Ciudad de México-Asamblea legislativa VII Legislatura.
11. *Ley Simpson-Rodino* (1986). Recuperado de <http://lastrestunas.blogspot.mx/2005/05/ley-simpson-rodino.html>
12. López Badillo, E. (2016). *Derechos Humanos: una realidad en construcción*. México: Universidad La Salle-Editorial Flores-Instituto de Investigación y Difusión Jurídica, A. C.
13. López, N. (2014). *Derecho Internacional Público*. México: Porrúa.
14. Ortiz Ahlf, L. (1989). *Derecho Internacional Público*. México: Editorial Harla.
15. Riding, A. (1985). *Vecinos distantes. Un retrato de los mexicanos*. México: Joaquín Mortiz-Planeta.
16. Roca, M. J. (2008). El principio de reciprocidad y las relaciones internacionales de la Santa Sede. *Revista Española de Derecho Canónico*, 65 (164), pp. 127-138.

La Ley del Agua del Estado de México es violatoria del “Derecho Humano al Agua”

Water Law of Mexico State is violatory for “Human Right to Water”

JUAN MANUEL ARREOLA DE LA MORA*

Resumen

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua potable para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible, y el Estado Mexicano garantiza este derecho humano en el artículo 4° de la Constitución, sin embargo, dicho derecho se ve coartado con la restricción del suministro de agua potable dispuesto en la Ley del Agua para el Estado de México y Municipios en su artículo 159, ya que la limitación del vital líquido establecida en ese artículo, es violatoria del derecho humano al agua dispuesto en el artículo 4° de la Carta Magna, al no contemplar en su texto ninguna de las previsiones establecidas en la Observación General No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, o en su caso alguno de los criterios establecidos por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) del 2006, lo que se desprende de un análisis sistemático del texto del artículo de la Ley Estatal en comento, lo que equivale a no resguardar adecuadamente el derecho humano al agua.

Palabras clave

Agua, Restricción, Derecho, Humano, Organismo.

Abstract

Everyone has the right to Access, disposition of drinking water for personal and domestic consume in enough form, acceptable and affordable, and the Mexican State guarantees this human right in article 4° of Constitution, However, this right could be broken with the restriction of water summinster named in the Law of water for Mexico State and Municipalities in the article 159; but the restriction of water named in that article is violatory of human right to water in the article 4° of Constitution, because it is not written in the text anything about previsions in the General Observation Number 15 of Committee on Economic, Social and Cultural Rights in the Organization of United Nations, or some criteria of United Nations Program for development (PNUD) for 2006, what is concluded from a systematic analysis of the text of the article of the state law by appointment, what also results not to protect this human right to water, properly.

Key words

Water, Restriction, Law, Human, Organism.



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

INTRODUCCIÓN

Se llama agua potable a la que se puede beber sin restricción, la que puede ser utilizada para preparar alimentos y para la higiene personal, es decir, la que es viable para consumo humano. El agua potable es indispensable para la vida del hombre y todas las actividades inherentes a ella, pero escasea en la medida que la población aumenta, lamentablemente es desperdiciada por personas inconscientes de su importancia, carentes de sentido y de responsabilidad, así como solidaridad humana, y es precisamente por tales circunstancias que es de suma importancia el tema de su obtención, ya sea del subsuelo o de alguna fuente superficial, así como su traslado a los centros de población, el saneamiento del vital líquido, su conservación, tratamiento, y reintegración al medio ambiente como un problema crucial del siglo XXI.

Así es, transportar el agua a las ciudades es técnicamente difícil, además del costo, casi la totalidad del líquido que se consume proviene de sitios lejanos o muy profundos, por ejemplo: en el caso de la región del Estado de México gran parte del agua se transporta desde el estado de Michoacán hasta la zona conurbada del Estado de México y Ciudad de México a través del sistema hídrico de almacenamiento, conducción, potabilización y distribución de agua dulce llamado “Cutzamala”, y para el caso específico de la ciudad de Toluca se extrae a través de aprovechamientos de aguas profundas llamados pozos.

Ahora bien, atendiendo a esta problemática de la obtención del agua potable, los Gobiernos de todos los continentes inquietados por la conservación del vital líquido han emitido diversas legislaciones, todas tendientes a protegerlo y con ello, resguardar el derecho humano al agua como una de las principales prerrogativas que goza todo hombre por el solo hecho de serlo, y desde luego, por ser indispensable el agua potable para el desarrollo de la vida humana digna.

Modelo de esta tendencia y para el caso en estudio es la Ley del Agua para el Estado de México y Municipios, expedida el 22 de enero de 2013, mediante el Decreto número 52, por la LVIII Legislatura del Estado de México, actualmente en vigor. La Legislación Estatal tiene como objetivo proteger el derecho humano al agua de acuerdo con lo estatuido en el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como conservar el vital líquido, y la regulación del servicio de agua potable en los municipios que integran el territorio del Estado de México. No obstante, en ocasiones se da el caso de que las legislaciones locales, como la aquí comentada, contengan preceptos normativos que imposibiliten materialmente o contravengan la tutela al derecho humano al agua establecida en el artículo 4° de la Carta Magna.

LA INEFICACIA DE LA LEY DEL AGUA DEL ESTADO DE MÉXICO PARA TUTELAR EL DERECHO HUMANO AL AGUA

El agua es un cuerpo líquido formado por la combinación de un volumen de oxígeno y dos de hidrógeno; es inodoro, insípido, en pequeña cantidad incoloro y

verdoso en grandes masas, que refracta la luz, disuelve muchas sustancias y más o menos puro cuando forma la lluvia, las fuentes, los ríos y los mares. Es el líquido más abundante en la Tierra y uno de sus componentes más importantes. Se solidifica a 0 °C (hielo), aumentando de volumen que hierve a 100 °C (vapor de agua). Su densidad es máxima a 4 °C. El agua es uno de los compuestos esenciales del protoplasma viviente, del que constituye un 50% por término medio, es indispensable para la vida animal y vegetal. Es además uno de los más potentes agentes geológicos, obrando por erosión, transporte y sedimentación. El agua atmosférica contribuye a caracterizar los climas en forma de lluvias, nieves, granizo, nubes, nieblas, rocío escarcha etc., como lo señala A. Benizar (1972, p. 106).

Ahora bien, su consumo es esencial para todo ser viviente, entre ellos el hombre, sin embargo, no toda el agua del planeta es consumible y utilizable para el ser humano, ya que gran parte de ella que se encuentra en los océanos y mares es salada, y por otro lado, el resto del agua que se halla en lagunas, lagos, ríos y demás lugares es dulce, en ocasiones no es apta para consumo humano por contener contaminantes o agentes patógenos que causan enfermedades mortales para el hombre.

Atento a ello, el ser humano se ha visto en la necesidad de crear el saneamiento del agua, es decir, purificarla, eliminar de ella todos los elementos que pudiesen constituir un riesgo para su salud y bienestar, a este tipo de agua se le denomina comúnmente como agua potable.

El agua potable entonces se puede definir como aquella que es apta para el consumo humano, es decir, ya sea para ser bebida, para preparar alimentos, para la realización de diversas actividades de higiene personal como: tomar un baño, lavar los utensilios de cocina, entre otras actividades inherentes a la vida diaria.

En estas circunstancias actuales, se puede apreciar con claridad una nueva verdad universal, tocante a que el acceso efectivo al suministro de esa agua potable es indispensable para alcanzar una vida digna y con ello también proteger los demás derechos inherentes al hombre.

No obstante, el vital líquido potabilizado escasea en la medida que la población mundial aumenta y además se ve afectado por cuestiones socio-económicas propias de la vida moderna, ejemplo de esto son las grandes cantidades de agua potable consumidas, tanto por industrias como por la población en general, y si a ello sumamos el hecho importante de su obtención, ya sea del subsuelo o de alguna fuente superficial, su traslado a los centros de población, el saneamiento, su conservación, tratamiento y reintegración al medio ambiente, nos llevará a concluir que en la actualidad el agua potable y el acceso efectivo al derecho humano al agua constituye uno de los pilares básicos que tiene que garantizar la sociedad mundial del siglo XXI para garantizar su conservación.

Para muestra de lo anterior, está el caso del Estado de México, que es una Entidad Federativa del Centro de la República Mexicana, caso particular en donde el vital líquido se transporta desde el Sistema Cutzamala; sistema hídrico que de acuerdo con datos obtenidos de la página oficial del Gobierno de México www.gob.mx, página encabezada por la Coordinación de Estrategia Digital Nacional de la Presidencia de la República y la Unidad de Gobierno Digital de la Secretaría de la Función Pública, en colaboración con todas las dependencias de la Administración Pública Federal, con el objetivo de brindar a los ciudadanos un gobierno integrado, cercano y moderno, se compone de más de 330 km de canales abiertos, túneles y acueductos, que permiten transportar el agua desde el Estado de Michoacán, cruzando por el Estado de México, hasta llegar a la zona metropolitana del Valle de

México, que se conforma por municipios de los Estados de México, Hidalgo, Tlaxcala y por 16 delegaciones de la Ciudad de México, constituyéndose así en uno de los lugares más conurbados del mundo, con más de 21 millones de habitantes según datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI).

Dicho lo anterior a manera de muestra, es dable señalar que no solamente el Valle de México se encuentra en esta situación, existen infinidad de lugares con semejantes condiciones físicas, razón por la cual los diversos gobiernos del mundo, entre ellos el de México, preocupados por la conservación del vital líquido han emitido diversas legislaciones, todas ellas tendientes en primer lugar a instituir y salvaguardar el derecho humano al agua como base principal para acceder a una vida digna; derecho a la vida digna que goza todo hombre por el solo hecho de serlo, y además por ser el agua potable el medio idóneo e indispensable para la existencia y buen desarrollo de la misma.

Así, tal propósito para el caso de México se ve reflejado en el artículo 4° de la Carta Magna, mismo que establece en la parte que interesa lo siguiente:

Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley...

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.

Este párrafo fue adicionado al artículo 4° Constitucional el 8 de febrero de 2012, tal y como lo indica la propia Constitución en la página oficial del Poder Legislativo identificada con el link www.diputados.gob.mx en el apartado referente a las leyes; en mérito de esto, desde febrero de 2012, México forma parte de los países que incluyen dentro de su Constitución el derecho humano al agua, pues el acceso, la disposición y el saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible están incluidos como un derecho fundamental.

Efectivamente, el artículo 4° de la Constitución Política Mexicana reconoce el derecho de toda persona al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible, así como la obligación del Estado de garantizarlo, es decir, el Estado Mexicano garantizará este derecho y también definirá las bases para el acceso, uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, es decir, se instituyó el derecho humano al agua, lo que desde luego se traduce en que el deber del Estado Mexicano es proporcionar agua potable en cantidad y calidad suficiente para que sin distinción alguna sea suministrada a toda la población sin excepción, y así garantizar su conservación, desarrollo económico y social. Calidad fundamental del acceso al agua que desde luego se ha reconocido por los Órganos Jurisdiccionales y para ejemplo del lector podrá consultar los siguientes cuatro criterios jurisprudenciales que se mencionan a continuación: Tesis Aislada sostenida por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito que lleva por título el siguiente: Suspensión definitiva en el amparo. Es improcedente concederla contra la orden de restricción del servicio de suministro de agua potable a 50 litros diarios por cada habitante de un inmueble. Criterio jurisprudencial con los datos de localización siguientes: Dé-

cima Época. Registro: 2015460. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 47. Octubre de 2017. Tomo IV. Materia(s): Común Tesis: I.8o.A.132 A (10a.). Página: 2605.

Criterio sustentado por el Décimo Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, bajo el rubro: Establecimientos mercantiles del Distrito Federal (actualmente Ciudad de México). Los artículos 10, apartado b, fracción ix y 28, cuarto párrafo, de la ley relativa, al prever la obligación de instalar purificadores de agua y ofrecerla gratuitamente, son conformes con el derecho humano al agua (decreto publicado en la Gaceta Oficial de la Entidad el 16 de abril de 2014), con los datos de localización siguientes: Décima Época. Registro: 2012272. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 33. Agosto de 2016. Tomo IV. Materia(s): Constitucional. Tesis: I.18o.A.2 CS (10a.). Página: 2574.

Criterio sustentado por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, bajo el rubro: Agua potable. Como derecho humano, la preferencia de su uso doméstico y público urbano es una cuestión de seguridad nacional, con los datos de localización siguientes: Décima Época. Registro: 2001560. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XII. Septiembre de 2012. Tomo III. Materia(s): Constitucional. Tesis: XI.1o.A.T.1 K (10ª. Página: 1502.

Y en el criterio sustentado por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito, bajo el rubro: Servicios de agua potable, saneamiento y drenaje. Procede la suspensión en el amparo contra su corte por falta de pago de los derechos correspondientes (Legislación del estado de Puebla), con los datos de localización siguientes: Décima Época. Registro: 2012100. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 32. Julio de 2016. Tomo III. Materia(s): Común Tesis: VI.2o.A.4 A (10a.). Página: 2230.

En este contexto jurídico, independientemente de que el derecho al acceso al agua se ha elevado a la categoría de derecho humano en la Carta Magna, y que tal criterio ha sido confirmado por los diferentes Órganos Jurisdiccionales que integran el Poder Judicial de la Federación, tal derecho puede verse coartado por las Leyes locales, cuando en las legislaciones de menor rango a la Constitución se establece el corte de suministro de agua potable por impago, pero sin tomar las debidas precauciones para garantizar en toda la extensión de la palabra el denominado derecho humano al agua y sirva de ejemplo al lector el caso del Estado de México, Entidad Federativa que cuenta con la Ley del Agua para el Estado de México y Municipios, promulgada mediante el Decreto número 52 por el Gobernador Constitucional del Estado de México, Licenciado Eruviel Ávila Villegas, el 22 de febrero de 2013, y actualmente en vigor, legislación que de acuerdo con la presente investigación inobserva adecuadamente en perjuicio de la sociedad Mexiquense el derecho humano al agua establecido en la Constitución Mexicana, así como el derecho al agua dispuesto en la Observación General número 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, al no contemplar a su vez, alguno de los criterios establecidos por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo del 2006. Ahora bien, a efecto de acreditar lo que se asevera, también se hará una comparativa con una Ley extranjera, específicamente con la Ley 2/2014, del 26 de noviembre, de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de la Comunidad

Autónoma de Cantabria, que vendría a ser su equivalente en España, eligiéndose dicho país por su íntima relación cultural con México.

En tal vertiente argumentativa, resulta de vital importancia señalar al lector que el derecho humano en comento para el caso en estudio, se ve coartado específicamente con la restricción del suministro de agua dispuesto en el artículo 159 de la Ley del Agua del Estado de México y Municipios, norma jurídica que a la letra reza lo siguiente:

Artículo 159. Las infracciones que procedan en los términos de los artículos anteriores serán independientes de las relativas a la restricción del servicio o a las que procedan por la responsabilidad penal que resulte. La restricción en el suministro de agua potable se hará hasta en un 75%, por la falta de pago de dos o más periodos debidamente notificados o por incurrir en alguno de los supuestos del artículo 155 de esta Ley, procediendo el restablecimiento del servicio una vez que hayan sido cubiertos los créditos fiscales a cargo del usuario, subsanadas las irregularidades y cubiertos los gastos originados por motivo de la restricción, con independencia de otra u otras responsabilidades en que pudiera incurrir el infractor.

Se afirma ello, toda vez que la restricción de vital líquido establecida en el artículo 159, no contempla en su texto ninguna de las previsiones establecidas en el punto 56, incisos a), b), d), y e) de la Observación General No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, o prerrogativa alguna de mayor medida tendiente a proteger el derecho al agua. Pacto el primero que la Cámara de Senadores ratificó el 18 de diciembre de 1980, y que se publicó en el Diario Oficial de la Federación del 12 de mayo de 1981, donde se señaló que dicha norma comenzaría a ser vinculante para el país a partir del 23 de marzo de 1981.

Así, al haber ratificado el Estado Mexicano el PIDESC, con ello aceptó voluntariamente cumplir con todas y cada una de las obligaciones inmediata y progresivamente necesarias para garantizar el derecho al agua, y utilizar el máximo de los recursos hídricos disponibles, lo que finalmente se reflejó en el ya citado artículo 4º Constitucional, así como en las legislaciones locales de los Estados de la República, normas que emitió con el objetivo de administrar eficientemente el recurso hídrico, incentivar su conservación, y concientizar su cuidado; razón por la cual, el ya referido artículo 159 de la Ley local en cita, establece la facultad que goza el Estado a través de sus Organismos prestadores de servicios de restringir el servicio de agua potable por falta de pago de los derechos fiscales, que se generan a su vez, por la prestación del servicio de agua potable y drenaje. No obstante, la restricción por falta de pago establecida en ese artículo no es total, pues sin perder de vista el hecho de que México es parte del PIDESC, y que debe garantizar un suministro mínimo de agua a toda su población, es por lo que establece un porcentaje máximo de corte del 75%, dejando siempre un mínimo de agua a suministrar de manera permanente, aun en los casos de impago.

En esta tesitura, del texto literal del mencionado precepto jurídico, se desprende que la restricción en el suministro de agua potable se hará hasta en un 75% por la falta de pago de dos o más periodos debidamente notificados, dejando el Legislador únicamente el 25% de suministro restante como a manera de protección

del derecho humano al agua, sin embargo, el mínimo de un 25% resulta ser infructuoso para una debida tutela del derecho humano al agua.

Cabe señalar que el citado numeral 56, incisos a), b), c), d) y e) de la Observación General No. 15 establecen a la letra lo siguiente: 56. Antes de que un Estado Parte o un tercero haga algo que interfiera con el derecho al agua de una persona, las autoridades pertinentes deberán velar por que tales medidas se lleven a cabo de un modo previsto por la legislación que sea compatible con el Pacto, y eso incluye: a) la oportunidad de una auténtica consulta con los afectados; b) el suministro a tiempo de información completa sobre las medidas proyectadas; c) la notificación con antelación razonable de las medidas proyectadas; d) la disponibilidad de vías de recurso y reparación para los afectados; y e) asistencia jurídica para obtener una reparación legal (véanse también las Observaciones generales Nº 4 (1991) y Nº 7 (1997)). Cuando tales medidas se emprendan porque una persona adeuda el pago de agua, deberá tenerse en cuenta su capacidad de pago. En ninguna circunstancia deberá privarse a una persona del mínimo indispensable de agua.

De lo transcrito con precedencia se podrá desprender con toda claridad que efectivamente el artículo 159 es muy sórdido, al establecer tan sólo un porcentaje del 25% como única medida de protección al derecho humano al agua, ya que este derecho fundamental al estar protegido en la Ley Suprema Mexicana, desde luego equivale a que el corte de agua por falta de pago jamás se realizarse por la autoridad o por la empresa prestadora del servicio de una manera total, pues esto obviamente violaría flagrantemente el citado derecho, al necesitar toda persona un mínimo indispensable de agua para el desarrollo de una vida digna, pero un porcentaje elevado hasta el 25% resulta muy ineficaz para tutelar de manera adecuada el derecho humano al agua, ya que el 25% restante que se deja intocado como garantía de respeto hacía el derecho humano al agua, y como garantía mínima para la subsistencia digna, desde luego no cumple con lo estatuido en el punto 56 de la Observación General No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, ya que la norma jurídica no contiene en su texto de manera literal alguna hipótesis que dé la oportunidad real de consulta al organismo prestador de servicios para con los afectados, esto es, que dé una auténtica posibilidad de entrevista con los deudores a los que se les restringirá el servicio, para así conocer antes del corte las razones reales del por qué han incurrido en un incumplimiento.

En el mismo sentido, tampoco impone algún limite al prestador de servicios para que no haga uso de su prerrogativa en caso de que advierta alguna causante especial por parte del usuario, como lo sería la existencia de personas de la tercera edad o de muy corta edad o con enfermedades o capacidades especiales que requieran el flujo constante y abundante de vital líquido, es decir, el artículo 159 es muy ineficaz en su texto, no va más allá en la defensa del derecho humano al agua, inclusive de su interpretación gramatical no puede extraerse más defensa que la del establecido porcentaje del 25%, ya que inclusive en ningún momento menciona que ese 25%, lo es atendiendo a que el suministro y acceso al agua potable es un derecho humano y que por tal circunstancia el corte nunca podrá hacerse en su totalidad, por lo que al referirse a un porcentaje sin hacer alusión a números duros que sí comprometan a la autoridad a seguir suministrando una cierta cantidad de litros de agua, por persona y por día, tiene como consecuencia directa que el precepto legal no sea adecuado para la defensa del derecho humano al agua, pues de acuerdo con la interpretación de los preceptos de la observación general número 15 en su punto 56, previo al corte del suministro de agua la autoridad deberá investigar

quién vive en esa casa habitación, quiénes son las personas que se va a sancionar, esto desde luego es en el entendido de que este tipo de estudios previos al corte de agua sólo pueden aplicarse para los casos en que el vital líquido sea para un uso exclusivamente doméstico, puesto que en obvia de razones no pudiésemos hablar de estos análisis cuando el uso del agua no sea doméstico, por lo que tan sólo con un estudio gramatical del texto del artículo 159, puede determinarse que es ineficaz en el amparo del derecho humano al agua. Mayor aún, no menciona que atendiendo a que estamos ante un derecho humano la autoridad deberá tener especial cuidado en el corte de suministro del vital líquido.

En este orden de ideas, al no contemplar el artículo 159 una facultad de consulta por parte de Organismo operador para con los usuarios, por ende, tampoco establece en lo absoluto en su texto lo referente a la obtención oportuna de la información que permita individualizar cada caso de corte de agua potable, esto dependiendo de la calidad física, económica y social del usuario, ni tampoco medidas de reparación para los afectados en caso de errores, ni alguna asistencia jurídica para reparación legal, ni mucho menos algún apercibimiento para la autoridad en el que se le impida realizar el corte de agua en casos especiales que lo ameriten por tratarse de un derecho humano, ello bajo alguna facultad discrecional concedida a la autoridad.

Así, resulta fundamental señalar que para respetar íntegramente el derecho humano al agua, la norma jurídica no solamente debe dejar intocado un porcentaje general que ascienda al 25% del suministro total, por el contrario, para preservar eficazmente el derecho de acceso al agua de los habitantes del Estado de México y del Municipio de Toluca, es indispensable que la hipótesis normativa sea reformada en su texto, y en vez de estipular un porcentaje que no es suficiente para cubrir las necesidades mínimas de cada individuo para una vida digna, ni tampoco permite al prestador de servicios individualizar cada caso de corte dependiendo de las circunstancias específicas del deudor, disponga en términos numéricos y de una manera más práctica a la letra que la restricción del servicio de agua potable por impago debe respetar una cantidad de 50 litros diarios y por persona, cantidad líquida que tiene que seguirse suministrando siempre como necesaria para cubrir los requerimientos mínimos que necesita una persona para vivir y para alcanzar una subsistencia digna.

De acuerdo con los instrumentos internacionales especializados se ha otorgado un contenido concreto a la obligación de garantizar a todo individuo una cantidad mínima de agua, criterios emitidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), de 20 litros de agua al día por persona como suficiente para beber y para la higiene personal básica de un individuo, y de 50 litros al día y por persona, si se tienen en cuenta las necesidades de agua para el baño y para lavar, como señala (Aniza García, 2008, p. 196).

Y ciertamente, si nos remitimos al contenido del Informe sobre Desarrollo Humano del 2006, denominado *Más allá de la escasez: Poder, Pobreza, y la Crisis Mundial del Agua* en el capítulo “Agua para vivir, agua para los medios de sustento”, insta un mínimo social que todos los ciudadanos tienen derecho a acceder para cubrir las necesidades básicas y llevar una vida digna y siendo que el agua limpia forma parte del mínimo social, el requerimiento mínimo es de 20 litros por persona al día.

Asimismo, en el capítulo titulado “La crisis mundial actual de agua y saneamiento” decreta que las normas internacionales establecidas por organismos como

la OMS y el UNICEF sugieren un consumo mínimo de 20 litros al día, de una fuente que se encuentre a un kilómetro del hogar, cantidad que es suficiente para beber y para la higiene personal básica. Decreta que las personas que no acceden a esta cantidad de 20 litros al día de agua, ven limitadas sus capacidades para mantener su bienestar físico, así como la dignidad que conlleva el estar limpio, y además, si se consideran las necesidades de agua para el baño y para lavar, aumentaría el límite por persona hasta aproximadamente unos 50 litros diarios. Y por último, en el capítulo llamado “La creciente demanda de agua sobrepasa al crecimiento demográfico”, enfatiza que las personas tienen una necesidad básica mínima de agua de entre 20 y 50 litros por día.

Y es que en efecto, si la finalidad primordial del derecho al desarrollo es una vida digna, es indiscutible que el acceso a una cantidad de agua potable suficiente constituya un elemento fundamental del mismo y que, en consecuencia, el acceso universal a los servicios básicos de agua y saneamiento debe quedar plenamente garantizado como afirma A. García (2008, p. 50).

Luego entonces, el Estado deberá poner a disposición de su pueblo agua de calidad y cantidad suficientes y en las mejores condiciones de explotación, sin tener que someterse a la Ley del mercado como señala A. García (2008, p. 51).

Por tanto, expuestos los datos anteriores, se puede ultimar que la restricción de suministro del servicio de agua potable concedida al organismo operador de agua a través del artículo 159 de la Ley del Agua para el Estado de México, es defectuoso para proteger cabalmente el derecho al agua previsto en el artículo 4° de la Constitución Política Mexicana, en relación con la Observación General No. 15 del Comité de PIDESC de Naciones Unidas, e incumple además con los criterios establecidos en el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo del 2006, ya que no basta con que el Organismo suministrador de agua notifique al usuario que tiene un adeudo con el apercibimiento de que en caso de persistir se restringirá el servicio, pues conjuntamente a ello se debe cumplir por lo menos las obligaciones de analizar si procede o no la restricción del servicio de agua potable de uso doméstico por impago, y en caso de proceder dejar entonces siempre a salvo un suministro de agua mínimo de por lo menos 50 litros por persona y por día, informar también a los usuarios de los motivos por los cuales se procederá a restringir dicho servicio, y por tanto, averiguar el número de personas que habitan el inmueble para decidir qué cantidad de agua potable debe suministrarse para sus necesidades básicas considerando que corresponden 50 litros por persona al día, y finalmente determinar la capacidad de pago de los distintos usuarios, esto con el propósito de llevar a cabo todas las acciones congruentes con los derechos de consulta, información y notificación previstos en el punto 56, incisos a), b), c), d), e), de la referida observación general del cual el Estado Mexicano es parte.

Criterio más humano que efectivamente el Poder Judicial de la Federación a través de los Tribunales Colegiados de Circuito ha sustentado y que medularmente decreta que el organismo operador de agua tratándose de usuarios con tomas de uso doméstico y que no hubieran pagado los derechos a su cargo, podrá restringir el suministro de agua a la cantidad necesaria para satisfacer los requerimientos básicos de consumo humano, siempre y cuando se haya realizado la notificación de aviso de acuerdo con la Ley del Agua que corresponda, determinando además, que de la interpretación al punto 56, incisos a), b) y c), de la Observación General No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, para proceder de esa manera, y garantizar el derecho de acceso al agua de los habitantes no basta con que las autoridades realicen la notificación

mentada, sino que es necesario cumplir, además, con las siguientes obligaciones: 1) Analizar si procede o no la restricción de agua potable de uso doméstico. 2) Informar a los usuarios de los motivos por los cuales se procederá a restringir dicho servicio. 3) Averiguar el número de personas que habitan el inmueble para decidir qué cantidad de agua potable debe suministrarse para sus necesidades básicas considerando que corresponden 50 litros por persona al día. 4) Investigar y constatar si el inmueble que resulte afectado es propiedad de personas jubiladas, pensionadas, adultos mayores, con capacidades diferentes, madres de familia o pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, y 5) Determinar la capacidad de pago de los distintos usuarios, acciones todas que son congruentes con los derechos de consulta, información y notificación previstos en el punto 56, incisos a), b) y c), de la referida Observación General número 15, criterio jurisprudencial que puede ser consultado por el lector en la página oficial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el apartado de Sistematización de Tesis y Ejecutorias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de 1917 a la fecha, localizable bajo el registro siguiente: Décima Época. Registro: 2008906. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 17. Abril de 2015. Tomo II. Materia(s): Constitucional, administrativa. Tesis: I.1o.A.99 A (10a.). Página: 1720. Que lleva por título: Derecho al agua. La facultad establecida en favor de las autoridades del sistema de aguas de la Ciudad de México en el artículo 177, tercer párrafo, del Código Fiscal del Distrito Federal para realizar el corte parcial del suministro de ese líquido en tomas de uso doméstico, está supeditada al cumplimiento previo de las obligaciones previstas en la Ley de Aguas del Distrito Federal y en la Observación General no. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la organización de las naciones unidas.

En tal contexto, puede confirmarse que a consecuencia de la incorporación del derecho al agua como un derecho humano en la Constitución Mexicana, los Órganos Jurisdiccionales tomaron una nueva posición respecto de la relación que existe entre el prestador del servicio de agua potable y el usuario solicitante, advirtiéndose que han definido el vínculo que existe entre éstos no como uno de coordinación entre iguales, sino como una relación de supra a subordinación entre el organismo que suministra el vital líquido en su calidad de autoridad, y el usuario en su calidad de gobernado, ya que todos los actos relacionados con la prestación del servicio de agua potable y conducción de aguas residuales se tutelan, se rigen y tiene como base las normas jurídicas establecidas en las diferentes Leyes de aguas, por ejemplo, la Ley del Agua para el Estado de México y Municipios, ordenamientos legales que son los que deben prevalecer en este tipo de relaciones, y no por lo que pudiera acordarse en el contrato de adhesión por voluntad de las partes, como si se tratara de un acto mercantil, criterio que puede confirmar el lector de la lectura que se sirva realizar a esta importante jurisprudencia emitida por el Pleno del Trigésimo Circuito y que lleva por registro el siguiente: Servicio público de agua potable. La relación jurídica entre el concesionario y los usuarios domésticos, se ubica en un plano de supra a subordinación, respecto de los actos realizados por aquél relacionados con el cobro y suspensión del suministro (Legislación del estado de Aguascalientes). Décima Época. Registro: 2012408. Instancia: Plenos de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 33. Agosto de 2016. Tomo III. Materia(s): Común. Tesis: PC.XXX. J/15 A (10a.). Página: 2190.

Asimismo, puede decirse que los actos realizados por el organismo operador de agua con motivo de la prestación del servicio de agua potable, los relacionados

con el cobro, y la suspensión del suministro por impago, al registrarse por las diferentes legislaciones de agua locales, tienen potestad pública y por ende, emitidos en un plano de supra a subordinación, en razón de lo cual, la prestación del servicio público de agua potable está dentro de la competencia del derecho público, por lo que con independencia de que exista un contrato administrativo de adhesión, éste no puede estar por encima de lo que señala la Constitución. Relación de supra a subordinación que también se refuerza mediante otros criterios jurisprudenciales y que el lector podrá advertir por ejemplo en el sostenido por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito con el registro siguiente: Sistema Operador de los Servicios de Agua Potable y Alcantarillado del Municipio de Puebla (SOAPAP). Es autoridad para efectos del juicio de amparo, cuando ordena el cobro por adeudo de los derechos por la prestación de los servicios que presta o cuando los suspende (Ley de Agua y Saneamiento del Estado de Puebla, vigente hasta el 31 de diciembre de 2012). Décima Época. Registro: 2012101. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 32. Julio de 2016. Tomo III. Materia(s): Común. Tesis: VI.2o.A.5 A (10a.). Página: 2233.

Máxime, que los organismos prestadores del servicio de agua se encuentran investidos de facultades de autoridad fiscal que les permiten determinar los créditos a su favor de manera unilateral, y a través de procedimientos administrativos coercitivos, por lo que la determinación de restringir el vital líquido debe ser sumamente cuidadosa en la práctica, ya que va íntimamente relacionada con la falta de pago del crédito fiscal, en razón de lo que la limitación del servicio se trata de un acto de imperio del organismo en su calidad de autoridad, que por supuesto también se sustenta en que todo usuario tiene la obligación de pagar por los servicios de agua potable y drenaje que recibe en su inmueble, ello en concepto de derechos fiscales que se generan por la prestación de dichos servicios, los cuales, deben ser cubiertos con base en las tarifas previamente establecidas, obligaciones que se encuentran establecidas en el artículo 44 fracción IV de la Ley del Agua para el Estado de México y Municipios, no obstante tal facultad de restricción no debe de contraponerse al acceso al derecho humano al agua.

También, es dable señalar al lector que existen diversos criterios jurisprudenciales emitidos por los Tribunales Federales que sostienen que los prestadores del servicio de agua en las controversias suscitadas por el corte de suministro de agua son autoridades responsables, ejemplo de uno el consultable bajo el registro: Concesionarios del servicio de agua potable en las controversias suscitadas por el corte del suministro de ese líquido, son autoridades responsables para efectos del juicio de amparo (Legislación del estado de Aguascalientes). Décima Época. Registro: 2012142. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 32. Julio de 2016. Tomo III. Materia(s): Común. Tesis: (IX Región) 1o.14 A (10a.). Página: 2127.

En tal vertiente llegamos a la máxima de que existe una falta total de eficacia en el artículo 159 de la Ley del Agua del Estado de México, para garantizar el derecho humano al agua por contener un texto defectuoso, que maneja porcentajes muy generales, los cuales, no permiten establecer de manera concreta los 50 litros por persona y por día, que como suministro mínimo es indispensable para cubrir las necesidades de una vida digna, y que siempre debe seguir proveyendo el organismo operador del servicio, aun en los casos de impago, máxime que el imponer porcentajes no permite al Organismo allegarse por ley de los medios necesarios para individualizar cada caso, es decir, para determinar por ejemplo el número de habi-

tantes de cada casa habitación y así estar en posibilidades de cuantificar la cantidad correcta a suministrar de manera permanente, o en su caso, determinar los casos especiales en que aun y cuando no existe pago debe seguirse suministrando el agua potable al 100%, ya sea por extrema carencia de recursos, por existir personas en estado de gravidez, enfermedad, con ciertas capacidades especiales, existir personas de la tercera edad sin fuente de trabajo, o tantas otras circunstancias que pueden presentarse, esto es, la norma jurídica no es exhaustiva al ni siquiera contener en su texto fracción alguna que disponga que dependiendo de las circunstancias de cada usuario el suministrador del servicio tendrá la obligación y la posibilidad “facultad discrecional” de seguir otorgando el servicio de agua en su totalidad.

Finalmente, es de verse que la restricción de vital líquido establecida en el artículo 159 de la Ley del Agua para el Estado de México y Municipios, al no hacer alusión a la cantidad mínima de 50 litros por persona y por día, como suministro mínimo indispensable para cubrir las necesidades de una vida digna, de conformidad con los criterios del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) del 2006, ni prerrogativa alguna de mayor medida tendiente a proteger el derecho humano al agua, tiene como consecuencia directa que dicha ausencia derive en una infructuosidad de tutela respecto del derecho humano al agua, toda vez que en términos prácticos sería más efectivo al momento de realizar una limitación del servicios por parte del organismo, disponer previamente de la cantidad específica que tiene que seguir suministrando, según sea el caso, lo que permitiría de antemano a la autoridad del agua determinar correctamente la cantidad de agua mínima a suministrar, la cual nunca podría bajar de 50 litros por persona al día, por lo que es claro que el artículo en análisis es muy restringido en su texto.

Este cerrojo nos lleva a pensar en otro problema, los limitadores de agua, los artefactos y métodos que utiliza el organismo operador para restringir el servicio, estos ¿Realmente permiten el paso diario de por lo menos 50 litros de agua?, o en su caso ¿Pueden permitir el paso de 150 litros diarios para el hecho hipotético de que fuesen tres personas las que habitan un hogar determinado?, esto es, ¿Se pueden adaptar dependiendo de cada situación particular?, para responder con certeza a esta cuestión se requeriría un dictamen de un perito en la materia, no obstante, dejamos la cuestión abierta para los estudiosos de la materia, toda vez que este análisis tan sólo se limitó al texto legal del artículo 159 de la Ley del Agua para el Estado de México y Municipios.

COMPAREMOS LA LEY DEL AGUA DEL ESTADO DE MÉXICO CON UNA LEY DEL AGUA ESPAÑOLA

Puesto que el propósito de este estudio es hacer una sistematizada comparación entre la Ley Mexicana y una extranjera, en esta investigación se escogió por cuestiones de parentesco cultural la emanada de una comunidad autónoma de España, con el objeto de vislumbrar el grado de eficacia que tiene la norma Mexicana.

En primer lugar, hay que decir al lector que de acuerdo con la Constitución Española de 1978, en sus artículos 1º, 2º y 3º, España es un Estado social y democrático de derecho, cuya soberanía reside en el pueblo y con una forma política consistente en una Monarquía Parlamentaria, así mismo, de conformidad con el artículo 143, se dispone que en ejercicio del derecho a la autonomía reconocido

en el artículo 2° de la Constitución, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas.

Cantabria de conformidad con la Ley Orgánica 8/1981, del 30 de diciembre de 1981, de Estatutos, se constituyó como una comunidad autónoma de España, estableciendo el artículo primero de su carta de Estatutos que Cantabria, como comunidad histórica para ejercer su derecho al autogobierno reconocido constitucionalmente, se constituye en Comunidad Autónoma de acuerdo con la Constitución, además que los poderes de la Comunidad Autónoma emanan de la Constitución, así como del Estatuto y del pueblo, y por último, que la denominación de la Comunidad Autónoma será la de Cantabria. En el mismo orden, la Ley en cita instituye que los estatutos son la expresión jurídica de la identidad de Cantabria y que los mismos definen sus instituciones, competencias y recursos, no omitiendo por supuesto el tema del agua.

Estos estatutos son lo que en obviada de razones dan todas las potestades y funciones públicas necesarias para regular el servicio de abastecimiento y saneamiento dentro del territorio de la Comunidad Autónoma, y ciertamente por cuanto hace al vital líquido la Ley Orgánica 8/1981 de Cantabria establece en el artículo 24 que la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva respecto de los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales, regadíos de interés para la Comunidad Autónoma, y las aguas minerales, termale y subterráneas, cuando éstas discurran íntegramente por Cantabria, y también tendrá competencia exclusiva cuando se trate de ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran íntegramente por el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.

El artículo 15.2 dispone que las leyes de Cantabria serán promulgadas, en nombre del Rey, por el Presidente de la Comunidad Autónoma y publicadas en el Boletín Oficial de Cantabria y en el Boletín Oficial del Estado, y que entrarán en vigor a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial de Cantabria, salvo que la propia ley establezca otro plazo.

En este contexto, la Comunidad Autónoma para regular el tema relacionado con la prestación del servicio de agua potable y saneamiento de aguas residuales, emite la Ley 2/2014, del 26 de noviembre, que a su vez se denomina Ley de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de la Comunidad Autónoma de Cantabria, actualmente en vigor y con una última modificación el 28 de febrero de 2017, la cual, fue realizada como lo indica su preámbulo, bajo los principios rectores de que el agua es un bien social-económico, es parte integral del ecosistema, y los principios económicos de recuperación de los costos, uso eficiente y sostenible de los recursos.

En esta vertiente, resulta fundamental señalar que esta Ley por regir la actividad de suministro y saneamiento de agua dentro de todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria, equivale en cuanto a su nivel jerárquico a la Ley del Agua para el Estado de México y Municipios, ya que esta última se aplica a todo el territorio de dicha Entidad Federativa, y si bien es cierto, la esencia de una Comunidad Autónoma es divergente a lo que es una Entidad Federativa, no menos cierto es que ambas leyes tienen un mismo ámbito espacial de validez, pues rigen en la totalidad del territorio de Cantabria y del Estado de México, razón por la que se escogió entre estas dos normas jurídicas generales para elaborar una comparativa en cuanto a su nivel de eficacia para proteger el derecho humano al agua previsto en la Observación número 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

de las Naciones Unidas y los criterios del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) del 2006.

En tal vertiente resulta indispensable señalar al lector, que al igual que la Ley Mexicana que establece una garantía mínima de suministro para los casos de impago de los derechos fiscales, que se generan por la prestación de los servicios que asciende a un 25%, la norma de Abastecimiento y Saneamiento de Cantabria también establece la garantía básica de un caudal mínimo de suministro domiciliario de agua para los casos de impago de los tributos vinculados por la prestación de dichos servicios de abastecimiento y saneamiento; garantía que impone esta Ley con el propósito de que las personas con menos recursos económicos siempre mantengan una disponibilidad de un abastecimiento de agua adecuado.

Esta garantía mínima de suministro es la que estudiaremos más a detalle, una vez comparada con la establecida en la Ley Mexicana, nos permitirá concluir de la mejor manera cuál de las dos es la más apropiada para la tutela del derecho humano al agua.

Para este objetivo hay que manifestar que la Ley de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en su artículo 2 establece una garantía del suministro de agua en la cantidad y con la regularidad adecuada de acuerdo con los parámetros de calidad previstos por las normas vigentes en cada momento. Esta garantía conlleva el mantenimiento del suministro domiciliario en los supuestos de impago de los tributos correspondientes a quienes tengan rentas anuales inferiores al Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), atendiendo a las circunstancias socioeconómicas de los sujetos pasivos y de acuerdo con lo previsto en la presente Ley.

En el mismo orden, en el artículo 15 titulado “Garantía de la Cantidad y de la Calidad de las Aguas Destinadas al Abastecimiento”, se impone: 1. Corresponde a la Comunidad Autónoma velar porque todos los municipios de Cantabria dispongan de un sistema de abastecimiento de agua que asegure la cantidad y la calidad para satisfacer las necesidades higiénico-sanitarias de la población y el desarrollo de la actividad de la zona abastecida. 2. El agua potable de consumo público, así como las instalaciones para su suministro deberán quedar protegidos frente a cualquier tipo de contaminación. A tal fin, las Entidades responsables de la prestación del correspondiente servicio deberán garantizar la salubridad, calidad y limpieza del agua distribuida de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente.

Así, del artículo 2 en estudio se desprende que la Ley de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Cantabria, establece como obligación para la Comunidad Autónoma mantener el suministro domiciliario de agua potable en los casos de impago en una cantidad mínima, y además con la calidad suficiente, no obstante, condiciona tal acción a que los usuarios tengan rentas anuales inferiores al Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), siendo que el IPREM de acuerdo con su página oficial <http://www.iprem.com.es>, es un índice empleado en España como referencia para la concesión de ayudas, subvenciones, subsidio de desempleo, y para el año próximo pasado de 2017, según la tabla oficial es de 6 454.03 euros anuales, con lo que puede verse que no se trata de una garantía extendida, toda vez que se tiene que cumplir con ciertos requerimientos.

Siguiendo el número de los artículos, una vez que la ley en estudio establece de forma genérica la garantía básica de un caudal mínimo de suministro domiciliario de agua para los casos de impago de los tributos vinculados por la prestación de los servicios de abastecimiento y saneamiento; en el artículo 16 dispone textualmente lo siguiente: Garantía del abastecimiento por circunstancias socioeconómicas.

1. En los casos de impago de los tributos vinculados al suministro domiciliario de agua potable, los perceptores de la renta social básica tendrán garantizada en todo caso una disponibilidad mínima de agua de abastecimiento de 100 litros por habitante y día. 2. Esta misma garantía se aplicará a los sujetos pasivos del canon del agua residual doméstica en el caso de hogares con rentas anuales inferiores al IPREM, a partir de la fecha en la que obtengan el derecho a la exención del componente fijo de la cuota del citado tributo. 3. Lo establecido en los apartados anteriores no excluye la potestad de las Administraciones Públicas competentes para exigir el cobro de los tributos de que se trate conforme a los mecanismos legales pertinentes.

En este orden, el artículo 16, ya nos da más luz para poder comprobar su mayor o menor eficacia en comparación con la Ley Mexicana, esto en cuanto a la defensa del derecho al agua contemplado en la Observación General No. 15 hecha al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en relación con este punto hay que decir que la norma Española es muy clara al imponer que no obstante que se deje de pagar el tributo correspondiente por el suministro de agua potable domiciliario, los perceptores de la renta social básica tendrán garantizado un abastecimiento de vital líquido de 100 litros por persona y por día.

Esta cantidad mínima de 100 litros por día y por persona, nos permite advertir en un primer lugar que la norma legal si cumple inclusive hasta con un exceso los criterios emitidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), que disponen también una cantidad de 50 litros de agua al día por persona como suficiente para beber, higiene, bañarse y lavar, esto es, si cumple también con el mínimo social acordado en el Informe sobre Desarrollo Humano del 2006 de las Naciones Unidas, que decreta que todos los ciudadanos tienen derecho al acceso a suficientes recursos para cubrir las necesidades básicas y llevar una vida digna, y que el agua limpia forma parte del mínimo social, siendo el requerimiento mínimo 20 litros por persona al día para beber y para la higiene personal básica, y de 50 litros diarios por persona si se consideran las necesidades de agua para el baño y para lavar, es decir, que si cumple con la necesidad básica mínima de agua de entre 20 y 50 litros por día.

Sin embargo, no concuerda cabalmente con la observación número 15 hecha a los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), pues la observación en cita establece que los Estados que forman parte del tratado como lo es España deben adoptar medidas eficaces para hacer efectivo el derecho al agua sin discriminación alguna, puesto que el derecho humano al agua como lo define la Observación 15, es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico, luego entonces, si de acuerdo al tratado internacional todo ser humano tiene el derecho al acceso de agua potable de manera suficiente y en la calidad necesaria para su subsistencia, y es el medio idóneo para alcanzar una vida digna, la norma española resulta excluyente, ya que si bien es cierto, declara un mínimo de suministro de 100 litros por día y por persona, no obstante, el precepto habla que dicha garantía mínima de suministro es para los perceptores de la renta social básica y que esa misma garantía se aplicará respecto de los sujetos pasivos del canon del agua residual doméstica, pero sólo en el caso de hogares con rentas anuales inferiores al IPREM, lo que se traduce en que la norma general no contempla la garantía mínima de suministro de vital líquido para todas las personas, sin discriminación alguna como lo estipula la observación 15, y en consecuencia, la protección del derecho humano al agua no es total, pues para acceder a ella se necesita ser un

perceptor de la renta social básica que en el caso en concreto es un apoyo que el Gobierno de Cantabria da a todas las personas en situación de riesgo o exclusión social para que puedan cubrir sus necesidades básicas.

Y, si a esto agregamos que los principios rectores en que se fundamenta la Ley de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de la Comunidad Autónoma de Cantabria, son que el agua es un bien social, económico, parte integral del ecosistema, y que sus principios económicos son a su vez, la recuperación de los costos, uso eficiente y sostenible de los recursos, nos deja ver que en ningún momento la Ley en estudio defina el derecho al agua como un derecho humano, el cual, esté obligado a otorgarse por parte de la Comunidad Autónoma de Cantabria sin distinción alguna económica, máxime que todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes, interrelacionados, tal y como menciona el numeral tercero de la observación 15 tocante a que el derecho al agua está indisolublemente asociado a la salud, a la vivienda, a la alimentación adecuadas, al derecho a la vida y a la dignidad humana, sin embargo, es más efectiva que la Ley Mexicana, toda vez que, sí establece una cantidad específica de litros de agua por persona y por día, como cantidad mínima a suministrar aún en los casos de impago, siendo que la Mexicana sólo establece un porcentaje a respetar lo que para efectos reales es más difícil llevar a la práctica.

CONCLUSIONES

En consecuencia, al igual que la norma Mexicana, el artículo 16 denominado “Garantía de abastecimiento por circunstancias socioeconómicas” de la Ley de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de la Comunidad Autónoma de Cantabria, no es en cuanto a su texto lo suficientemente eficaz como para entablar una completa defensa por el derecho humano al agua establecido en la observación general número 15, observación que en el punto número 13, instituye la obligación de los Estados partes de garantizar el ejercicio del derecho al agua sin discriminación alguna, ya sea por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud, orientación sexual, estado civil, posición económica, o cualquier otra condición que tenga por efecto anular o menoscabar el igual disfrute o el ejercicio del derecho al agua.

Puede concluirse también que la Ley de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de la Comunidad Autónoma de Cantabria incumple de cierta manera con lo dispuesto en el punto 17 de la Observación General en cuestión, en el apartado específico que indica que los Estados parte tienen la obligación inmediata de que el derecho al agua será ejercido sin discriminación alguna, pues como más adelante señala la Observación General en el número 37, inciso b), los Estados parte deben asegurar el derecho de acceso al agua, a las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria.

En el mismo sentido, al especificar la norma de Cantabria en su texto que la garantía de abastecimiento en los casos de impago de los tributos vinculados al suministro domiciliario de agua potable, es aplicable pero sólo para el caso de los perceptores de la renta social básica, o que la misma sólo se aplicará a los sujetos pasivos del canon del agua residual doméstica en el caso de hogares con rentas anuales inferiores al IPREM, permiten concluir que la norma lleva implícita una violación en la obligación de cumplir, al no lograr que todos disfruten del derecho al agua en

el nivel mínimo indispensable, puesto que existen condicionantes económicas para acceder a la garantía mínima de suministro, violación que se encuentra contemplada en el numeral 44, inciso c), subinciso vi), de la referida Observación General número 15, hecha por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

A mayor abundamiento, ambas normas analizadas en cierto grado incumplen con el numeral 56 de la comentada Observación General número 15, que decreta tajantemente que en ninguna circunstancia deberá privarse a una persona del mínimo indispensable de agua. Y por último, hay que decir que sería pertinente que tanto en la Ley del Agua para el Estado de México, así como en la Ley 2/2014, de 26 de noviembre, de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de la Comunidad Autónoma de Cantabria, dispusieran que el acceso al agua potable en una cantidad y calidad mínima es un derecho humano, y que el mismo permite alcanzar los demás derechos humanos fundamentales, pues el “Agua es fuente de vida”, y en tal virtud, es esencial su importancia para todas las actividades humanas, por tanto, las legislaciones en análisis deberían establecer en su texto, la Mexicana, una cantidad mínima a suministrar en los caso de impago, pero en litros y además superando o igualando la cantidad de 50 litros diarios por persona, y por cuanto hace a la Española, fijar que la garantía del abastecimiento por circunstancias socioeconómicas en los casos de impago de los tributos vinculados al suministro domiciliario de agua potable, se aplicara a todas las personas que habiten en la Comunidad Autónoma de Cantabria, sin estar supeditado a condicionantes económicas como las ya estudiadas.

REFERENCIAS

1. Agua potable. Como derecho humano, la preferencia de su uso doméstico y público urbano es una cuestión de seguridad nacional. Décima Época. Registro: 2001560. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XII. Septiembre de 2012. Tomo 3. Materia(s): Constitucional. Tesis: XI.1o.A.T.1 K (10a.). Página: 1502, disponible en <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>, consultado el 28 de abril de 2018.
2. Benizar, A. (1972). *Diccionario Enciclopédico Universal*, Tomo I. España: Ediciones y Publicaciones CREDSA.
3. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación, Ciudad de México, México, 5 de febrero de 1917, disponible en la página oficial de la LXIII, Legislatura del H. Congreso de la Unión de México, Cámara de Diputados: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf, consultado el 30 de marzo de 2018.
4. García, A. (2008). *El Derecho Humano al Agua*. España: Editorial Trotta.
5. Establecimientos mercantiles del Distrito Federal (actualmente Ciudad de México). Los artículos 10, apartado b, fracción ix y 28, cuarto párrafo, de la ley relativa, al prever la obligación de instalar purificadores de agua y ofrecerla gratuitamente, son conformes con el derecho humano al agua (decreto

publicado en la Gaceta Oficial de la Entidad el 16 de abril de 2014). Décima Época. Registro: 2012272. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 33. Agosto de 2016. Tomo IV. Materia(s): Constitucional. Tesis: I.18o.A.2 CS (10a.). Página: 2574), disponible en <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>, consultado el 15 de abril de 2018.

6. Concesionarios del servicio de agua potable. En las controversias suscitadas por el corte del suministro de ese líquido, son autoridades responsables para efectos del juicio de amparo (Legislación del estado de Aguascalientes). Décima época. Registro: 2012142. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de tesis: aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 32. Julio de 2016. Tomo III. Materia(s): Común. Tesis: (IX Región 1o.14 A (10a.) página: 2127, disponible en <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>, consultado el 17 de abril de 2018.
7. Derecho al agua. La facultad establecida en favor de las autoridades del sistema de aguas de la Ciudad de México en el artículo 177, tercer párrafo, del Código Fiscal del Distrito Federal para realizar el corte parcial del suministro de ese líquido en tomas de uso doméstico, está supeditada al cumplimiento previo de las obligaciones previstas en la Ley de Aguas del Distrito Federal y en la observación general no. 15 del comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas. Décima Época. Registro: 2008906. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 17. Abril de 2015. Tomo II. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Tesis: I.1o.A.99 A (10a.). Página: 1720, disponible en <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>, consultado el 26 de abril de 2018.
8. Gobierno de México. El sistema Cutzamala, disponible en la página oficial del Gobierno de México: <https://www.gob.mx/mexico-con-agua/articulos/sistema-cutzamala-la-llave-de-agua-del-valle-de-mexico-18862>, consultado el 1° de mayo de 2018.
9. Gobierno del Estado de México. Ley del Agua para el Estado de México y Municipios, disponible en la página oficial del Gobierno del Estado de México LEGISTEL: <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/ley/vig/leyvig002.pdf>, consultado el 2 de mayo de 2018.
10. Gobierno de España. Ley 2/2014, de 26 de noviembre, de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2014/BOE-A-2014-13624-consolidado.pdf>, consultado el 5 de mayo de 2018.
11. Naciones Unidas. Observación General número 15, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/epcomm15s.html>, consultado el 6 de mayo de 2018.
12. Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>, consultado el 11 de mayo de 2018.

13. Naciones Unidas. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Informe Sobre Desarrollo Humano 2006, “Más allá de la escasez: Poder, pobreza y la crisis mundial del agua”, disponible en http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2006_es_completo.pdf, consultado el 8 de mayo de 2018.
14. Servicio público de agua potable. La relación jurídica entre el concesionario y los usuarios domésticos, se ubica en un plano de supra a subordinación, respecto de los actos realizados por aquél relacionados con el cobro y suspensión del suministro (Legislación del estado de Aguascalientes). Décima Época. Registro: 2012408. Instancia: Plenos de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 33. Agosto de 2016. Tomo III. Materia(s): Común. Tesis: PC.XXX. J/15 A (10a.). Página: 2190, disponible en <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>, consultado el 17 de abril de 2018.
15. Servicios de agua potable, saneamiento y drenaje. Procede la suspensión en el amparo contra su corte por falta de pago de los derechos correspondientes (Legislación del estado de Puebla). Décima Época. Registro: 2012100. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 32. Julio de 2016. Tomo III. Materia(s): Común. Tesis: VI.2o.A.4 A (10a.). Página: 2230, disponible en <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>, consultado el 20 de abril de 2018.
16. Sistema Operador de los Servicios de Agua Potable y Alcantarillado del Municipio de Puebla (SOAPAP). Es autoridad para efectos del juicio de amparo, cuando ordena el cobro por adeudo de los derechos por la prestación de los servicios que presta o cuando los suspende (Ley de Agua y Saneamiento del Estado de Puebla, vigente hasta el 31 de diciembre de 2012). Décima Época. Registro: 2012101. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 32. Julio de 2016. Tomo III. Materia(s): Común. Tesis: VI.2o.A.5 A (10a.). Página: 2233, disponible en <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>, consultado el 25 de abril de 2018.
17. Suspensión definitiva en el amparo. Es improcedente concederla contra la orden de restricción del servicio de suministro de agua potable a cincuenta litros diarios por cada habitante de un inmueble. Décima época. Registro: 2015460. Instancia. Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 47. Octubre de 2017. Tomo IV. Materia(s): Común. Tesis: I.8o.A.132 A (10a.). Página: 2605, disponible en <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>, consultado el 11 de abril de 2018.

Competitividad de México en el TPP

Competitiveness of Mexico in the TPP

ALMA DE LOS ÁNGELES RÍOS RUIZ*

Resumen

El objetivo principal es describir los impactos del TPP en México con base en la teoría de la competitividad, con el fin de conocer las ventajas y desventajas que tendrá sobre nuestra economía. Para ello se realiza un estudio de alcance descriptivo, longitudinal y cuantitativo. Según los resultados sobresale el hecho de que México sí cuenta con ventajas comparativas y competitivas, frente a otros miembros del TPP, sobre todo por su especialización en la fabricación de bienes intensivos en trabajo. Por tanto, el gobierno mexicano debe tomar mejores decisiones para evaluar y priorizar las ventajas comparativas y competitivas macroeconómicas del país.



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

Palabras clave

Competitividad, TPP, Comercio Exterior, Ventaja comparativa.

Abstract

The main objective of the article is to describe the impacts of TPP in Mexico based on the theory of competitiveness, to know advantages and disadvantages that will have on our economy. For this purpose, a descriptive, longitudinal and quantitative study is carried out. Among the results found, the fact that Mexico has comparative and competitive advantages, compared to other members of the TPP, especially for its specialization in the manufacture of labor-intensive goods. Therefore, the Mexican government must make better decisions to evaluate and prioritize the country's comparative and competitive macroeconomic advantages.

Key words

Competitiveness, TPP, Foreign Trade, Comparative advantage.

INTRODUCCIÓN

El Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, por sus siglas en inglés) o simplemente TPP es considerado un acuerdo de “nueva generación” en contraste con los acuerdos comerciales y tratados de libre comercio (TLC) del siglo XX que se concentraron en rubros de desregulación de barreras arancelarias y no-arancelarias, así como de inversión. Es uno de los tratados comerciales más importantes de los últimos años, ya que implica una región comercial con cerca del 40% del Producto Interno Bruto (PIB) del mundo conformado por algunas de las economías más dinámicas.

En este tratado se presentan 30 capítulos que incluyen, además de los temas que tradicionalmente se incorporan a los TLC (como acceso a mercados, reglas de origen, servicios e inversión), otras disciplinas para regular las actividades de las empresas, propiedad del Estado, propiedad intelectual, coherencia regulatoria, comercio electrónico y facilidades para las Pequeñas y Medianas Empresas (PyMES), entre otros.

A este Acuerdo pertenecían 12 países, hasta la salida de Estados Unidos (EE. UU). Para el caso de México es importante participar en ese proceso e influirlo, ya que se encuentran importantes socios comerciales con los que ya celebra tratados como el caso de Canadá en América del Norte, Perú y Chile en América del Sur. Con esto, el TPP se perfila para convertirse en una plataforma de exportación de América del Norte al mundo, pero empezando por Asia. Esto nos permitirá la coproducción con EE.UU y Canadá para la exportación, y también la incorporación de insumos de Perú y de Chile en los procesos de exportación mundiales a los que México aspira.

El principal objetivo de este instrumento es promover la integración económica en la región Asia-Pacífico para liberalizar el comercio y la inversión, lo cual se traduciría en crecimiento económico, el desarrollo y la generación de empleo de los países miembros.

MARCO CONTEXTUAL

ANTECEDENTES

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) sirve como antecedente de que en México siempre ha existido la controversia y la duda sobre las bondades de este tipo de acuerdos comerciales que se da entre desiguales. Aunque México se ha beneficiado en inversiones del exterior y creación de empleos en ciertos sectores como el automotriz, la maquila de exportación y las hortalizas, en otros al contrario han sido perjudicados como el de granos básicos, transporte carretero y marítimo, en los que sus contrapartes estadounidenses cuentan con ventajas financieras y reservas de mercado en su beneficio.

Aún con todo, los diversos gobiernos mexicanos desde los años noventa han decidido mantener totalmente abiertos nuestros mercados a las importaciones y a las licitaciones internacionales, a pesar de que nuestros productores no cuentan con financiamiento, insumos y servicios e infraestructura internacionalmente competitivos –mucho menos con políticas de fomento a la inversión y el empleo– comparables a las de países avanzados y, sobre todo, de países emergentes asiáticos que compiten con nuestro país: China, Corea del Sur y la India, pero también Malasia y Vietnam.

El proceso de negociación del TPP se dio como una iniciativa de los países miembros del Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (Brunei Darussalam, Chile, Nueva Zelanda y Singapur) conocidos como el P4, que no es más que un acuerdo abierto que contempla la posibilidad de adhesión de terceros países con el objeto de promover la creación de una alianza estratégica mayor para la liberalización del comercio en la región (SICE, 2018). En particular, en este acuerdo se pueden ir adhiriendo otras economías del APEC u otros Estados, según acuerden las partes. Dado esta condición, los Estados Unidos (país que se retiró posteriormente) y los países del P4 anunciaron el lanzamiento de negociaciones para la participación de este último, en el Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica.

Durante las posteriores rondas, Australia, Perú, Viet Nam, Malasia, Canadá, Japón y México fueron formalizando su interés de adherirse a las negociaciones. Así, en 2016, Nueva Zelanda publicó la versión final en inglés del texto del Acuerdo de Asociación Transpacífico revisado legalmente, con lo cual los países miembros lo suscriben subsiguientemente.

A principios de 2017, es cuando el Gobierno de los Estados Unidos decidió retirarse como signatario del Acuerdo de Asociación Transpacífico. El 23 de enero de 2018, los 11 países participantes en el Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico alcanzaron un acuerdo en Tokio, Japón. Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam, países miembros del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, suscribieron el acuerdo el 8 de marzo de 2018 en Santiago, Chile.

PLANTEAMIENTO Y JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

Realizar este estudio se justifica por el hecho de que sin dudas el TPP tendrá profundas implicaciones en la socioeconomía mexicana. Su estudio es sustancial, puesto que abarca distintos aspectos encaminados a hacer el comercio más ágil y sencillo. Además, se cree que este instrumento permitirá a nuestro país fortalecer su presencia en mercados tradicionales, acceder a nuevos mercados en crecimiento, posicionar a México como un destino estratégico para las inversiones y creando mayores oportunidades de negocios.

Dado que especialistas mexicanos y extranjeros no son capaces de concretar cuál es el saldo esperado para México (se temen muchas ventajas, muy escasas y relativas) es necesario hacer un balance de sus posibles riesgos y oportunidades para el país.

PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

Las preguntas que surgieron para hacer la investigación se enumeran a continuación:

1. ¿Cuáles son las ventajas comparativas que posee nuestro país frente a sus demás socios?
2. ¿Qué motiva al Gobierno de México firmar este tratado, siendo que ya tiene acuerdos de libre comercio e inversiones con Canadá, Japón, Perú y Chile?
3. ¿En realidad promueve el acceso de los productos mexicanos a los mercados internacionales, o simplemente promueve abrir los nuestros?

OBJETIVO

El objetivo principal de este estudio es describir los posibles impactos del TPP con base en la teoría de la competitividad, con la finalidad de conocer las ventajas y desventajas que tendrá sobre nuestra economía, desde una perspectiva general y agregada como para un grupo específico de cadenas de valor.

LIMITACIONES DEL ESTUDIO

Dentro de las limitaciones se encuentra que el estudio no se encarga de estudiar el impacto del TPP en cierto sector en específico.

Además, existen diversas variables exógenas que podrían afectar la competitividad y por ende los flujos comerciales.

EL TPP

CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

La región Asia-Pacífico es una de las más dinámicas y con proyecciones de crecimiento alentadoras. Una de las características principales del Tratado es permitir un sustancial acceso a mercados, ya que se eliminan o reducen las barreras arancelarias y no arancelarias de manera sustancial a lo largo del espectro del comercio, incluyendo el comercio de bienes y servicios, y la inversión, de tal manera que se puedan crear nuevas oportunidades y beneficios para nuestras empresas, trabajadores y consumidores.

De acuerdo con el portal del Gobierno de México (2018), el TPP tiene cuatro características principales:

1. Mejora el acceso a mercados: elimina o reduce las barreras arancelarias en seis nuevos mercados y profundiza los beneficios que ya se tiene en cinco países con los que ya se ha firmado un tratado.
2. Aborda nuevos desafíos comerciales: promueve la innovación, la productividad y la competitividad.
3. Comercio incluyente: incorpora nuevos elementos para asegurar que las economías de cualquier nivel de desarrollo y empresas de cualquier tamaño, particularmente las PyMES, puedan beneficiarse del comercio.

4. Plataforma para la integración regional: busca potenciar el encadenamiento productivo, y que otras economías eventualmente se integren.

Otra de las características principales del TPP es el fungir como plataforma para la integración regional, ya que está diseñado para que se sumen a éste otras economías de la región de Asia-Pacífico. En lo específico, el TPP complementa los esfuerzos de facilitación comercial en la Organización Mundial del Comercio (OMC), al hacer que los países que forman este acuerdo transparenten las reglas, acordando disciplinas sobre sanciones aduaneras que ayudarán a asegurar que estas penalizaciones sean administradas de manera imparcial y transparente.

Además, se reforzarán las regulaciones aduaneras junto con procedimientos simplificados y expeditos, agilizando el despacho de mercancías sin demoras innecesarias para ayudar a las empresas, tanto grandes como pequeñas, a comerciar con certidumbre. De igual forma, acordaron resoluciones anticipadas sobre el cumplimiento del origen, clasificación arancelaria de las mercancías, valoración aduanera y otros asuntos, que ayudarán a las empresas, tanto grandes como pequeñas, a comerciar con certidumbre.

Otra de las características del TPP es que permite proteger mejor la propiedad intelectual generada en México y, de hecho, representa ventajas concretas para nuestros autores, artistas intérpretes y ejecutantes, al elevar en algunos de los países el plazo de protección del derecho de autor y los derechos conexos.

El TPP prevé la posibilidad de que otros países se adhieran al mismo, y en este sentido servirá como un instrumento que continuará diversificando y profundizando los mercados.

Cabe destacar que las disposiciones sobre adhesión de nuevos países permiten a México negociar los términos de su adhesión al tratado, a fin de salvaguardar los intereses comerciales de nuestro país a través de una negociación balanceada con cualquier nuevo país.

Con su participación en el TPP, México incidió en el diseño de la zona de libre comercio más grande del mundo. La ventaja de ser país fundador le brinda la posibilidad de cuidar sus intereses, de frente a futuros integrantes, y fortalecer su capacidad para atraer inversiones productivas.

En este sentido, los países, parte del TPP, han acordado reglas para mejorar la facilitación del comercio, aumentar la transparencia en los procedimientos aduaneros, y garantizar la integridad en la administración aduanera. Estas reglas ayudarán a las empresas del TPP, incluyendo a las pequeñas y medianas empresas, mediante el fomento de tramitaciones ágiles de procesos aduaneros y fronterizos. Bajo este marco, para combatir el contrabando y la evasión de impuestos, los países del TPP acordaron una cooperación estrecha entre autoridades aduaneras a fin de proporcionar información, cuando se solicite, para ayudarse mutuamente a hacer cumplir sus respectivas leyes aduaneras.

MARCO TEÓRICO

La misma teoría económica clásica del comercio internacional, desde los clásicos hasta en la actualidad, se basa en el reconocimiento de que ciertos países gozan de ventajas competitivas como consecuencia de su posición relativa frente a los fac-

tores de producción, y que estas ventajas les brindan una mejor capacidad de competencia en el ámbito internacional. Igualmente, hay que tener en cuenta que las fuentes de la ventaja comparativa varían de una industria a otra y de un país a otro.

Sallenave (1994) menciona que “son las empresas las que compiten, y no las naciones directamente”. La competitividad no existe para una nación sólo las empresas compiten en los mercados internacionales y el éxito de una nación es en última instancia el resultado de la competitividad de sus empresas. Si bien esto no es equivocado, se ignora el entorno de competitividad entre las mismas empresas, la cual depende en gran parte de sus países de origen. Algunas naciones son competitivas en ciertas industrias, y otras no. Por tanto, la competencia se encuentra desplegada en varios niveles, desde la competencia entre empresas, países y regiones.

Este autor también sugiere una serie de medidas en materia de políticas públicas para aumentar la competitividad global de una nación. La primera de estas medidas es la de buscar un entorno motivante creador de oportunidades competitivas y presionar a sus industrias nacionales para lograr una innovación continua. En segundo lugar, los gobiernos debieran evitar políticas de corto plazo que crean sólo ventajas estáticas. Tercero, los gobernantes deben concentrarse en el desarrollo de factores especializados y avanzados de la producción, la diferenciación de los productos y la búsqueda de los segmentos de mercado aún inexplorados. El cuarto punto es que las políticas gubernamentales que más impactan son las que se basan en horizontes de largo plazo y que no sólo siguen los ciclos las fluctuaciones económicas de corto plazo.

Michael Porter, en su libro *La ventaja competitiva de las naciones*, actualiza la teoría clásica de Adam Smith sobre la riqueza de las naciones, así como la preponderancia de los factores tradicionales de esa riqueza: tierra, recursos naturales y el trabajo. En la economía actual, globalizada y cada vez más competitiva, esos factores ya no pueden producir y explicar por sí mismos las razones de por qué ciertos países generan mayor riqueza que otros. La clave está en la competitividad y particularmente en la productividad de las naciones y de sus industrias en particular, la que se expresa en diversas exportaciones a otros lugares y en una sólida inversión fuera de las propias fronteras.

Porter destaca cuatro conjuntos de factores que determinan la capacidad de competencia de una nación y de sus empresas en el mercado mundial:

1. Costos de los factores de producción
2. Condiciones de la demanda
3. Estrategia, estructura y tipo de competencia que la compañía enfrenta
4. Condiciones existentes en Industrias conexas

Estos cuatro factores interactúan para crear la ventaja competitiva de las naciones. Por tanto, no es necesario, como creían los clásicos, que un país tenga abundancia de factores de producción para ser competitivo.

Retomando la suposición de que la competitividad se expresa como el rendimiento de las exportaciones tiene sus raíces en la economía clásica. Dicha suposición ha quedado entredicha desde la década de los ochenta, puesto que, dentro del comercio, las Inversiones Extranjeras Directas (IED) han pasado a convertirse en una fuerza importante en la economía mundial. En muchas naciones (Singapur, Irlanda y Dubái, basaron los principios en la etapa de su competitividad en el fomento de extranjeros inversiones) se descubrió que había una nueva ruta hacia la prosperidad y esto fue precisamente atrayendo la IED.

Más tarde, dichas posturas llevaron a desarrollar la teoría de la relación entre la agresividad (en las exportaciones) y atractivo (principalmente para la IED), una clave de dimensión en la gestión de la competitividad.

Existe también el malentendido entre competitividad y riqueza, puesto que una nación puede ser rica y no necesariamente competitiva. La riqueza puede originarse de dos factores: los recursos naturales, como la mayoría de los en vía de desarrollo, o la competitividad en el pasado, como en la mayoría de las naciones industrializadas europeas. Por supuesto, la riqueza puede ser un gran activo para la competitividad a través de la infraestructura y el capital para futuras inversiones.

De tal manera, lo que se busca investigar son los “mecanismos” de competitividad en lugar de los “resultados” de ésta. Autores como Garelli (2010) han hecho uso de técnicas de correlación para averiguar si ciertos países pudieran agruparse en patrones de comportamiento específicos. Dentro de sus investigaciones ha encontrado que los países podrían agruparse en tres categorías: anglosajona, continental europea y Modelo del Sur. De tal manera que definió la forma en que manejaban el riesgo y la liberalización de los mercados, con esto encontró que el modelo de los países del sur tendría mucha innovación, pero sus economías serían poco organizadas, la Europa Continental se enfocaría en el consenso social y la previsibilidad, mientras que el modelo anglosajón enfatizaría la toma de riesgos. Estas distinciones todavía se aplican al mundo actual.

Tanto en el enfoque de Porter como en el de Garelli coincide el hecho de que la interacción entre los factores de competitividad es importante como el análisis de los factores en sí mismos.

El principio de las ventajas comparativas ha sido criticado, ya que se plantea que, si una economía semindustrializada se especializa en bienes intensivos de trabajo, en cierto sentido estaría limitando su modernización. En primer lugar, se debería al hecho de que las elasticidades ingreso y precio de la demanda mundial para este tipo de bienes son pequeñas, lo que los mercados de exportación para ellas crecen lentamente. No obstante, si el ritmo de expansión mercado mundial para los bienes intensivos en trabajo fuera bajo, México tendría un mercado potencial enorme para ellos.

Otra cuestión es que un patrón de especialización basado en bienes intensivos en trabajo puede limitar el proceso inversionista, o la acumulación de capital; y así, el proceso de crecimiento nómico de largo plazo o por el contrario puede generar niveles de ingreso, de empleo productivo y de consumo superiores durante una etapa inicial, lo cual permitiría un gasto educacional mayor, seguido de importantes niveles de capacitación de la fuerza de trabajo. De este modo se empezaría a producir bienes altamente intensivos en capital y poco intensivos en trabajo (o adoptar tecnologías más modernas y de elevada productividad).

Se critica también al principio de las ventajas comparativas, ya que sostiene la tesis de que una especialización en bienes intensivos en trabajo podría afectar negativamente el progreso técnico. A pesar de todo, si una economía cuenta con factores como la ocupación productiva y la educación y éstas se privilegian en etapas tempranas al final de cuentas terminarán estimulando el progreso técnico.

Por lo tanto, una economía semindustrializada debería, desde una etapa temprana, buscar algunas industrias que sean capaces de generar y/o difundir capacitación y progreso tecnológicos, aunque éstas sean intensivas en capital. Así, pues, podemos concluir señalando que el principio de las ventajas comparativas puede brindar beneficios indudables a aquellas economías que lo adopten sin rigideces.

En particular, a una economía semindustrializada, que cuenta una reserva abundante de fuerza de trabajo desocupada, le convendrá especializarse en la producción de bienes intensivos mientras persista el desempleo. Sin embargo, una economía semindustrializada debería también, desde una etapa temprana, poseer unas industrias que sean capaces de generar y/o difundir capacitación y progreso tecnológicos, aunque éstas sean intensivas en capital (Pack & Westphal, 1986).

Huerta (2009) considera que la especialización internacional y no el comercio por sí mismo, mejorará la productividad y el volumen de las mercancías comercializadas. Se entenderá por política industrial el proyecto que un gobierno nacional tiene para desarrollar la industrialización del país. Esta es una visión macroeconómica que se apoya y se sirve de una serie de instrumentos, permitidos por la legislación internacional y por la reglamentación de los acuerdos bilaterales pactados por el país para fomentar y reimpulsar el proceso de industrialización ya existente.

METODOLOGÍA EMPLEADA

El diseño de la investigación consta de un estudio descriptivo, ya que lo que se busca es describir las principales características de cierto fenómeno, en este caso del TTP y medir el grado de relación existente entre algunas variables macroeconómicas del sector externo. Asimismo, esta investigación se plantea como un estudio longitudinal, ya que se toma un periodo de 10 años para determinar la evolución del comercio exterior de México. Así pues, el trabajo es un estudio cuantitativo en el que se recoge, procesa y analizan datos numéricos sobre variables previamente determinadas (Sarduy, 2007).

Dentro de un proceso de investigación una de las actividades que se realizan es la recopilación de datos. De acuerdo con el problema es necesario recopilar información de diferentes bancos de datos y de documentos escritos sobre el objeto de estudio.

Para ello, se consultó la base de datos del Banco de Información Económica (BIE) del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) y de otros organismos oficiales como el Banco de México, la Secretaría de Economía, entre otras fuentes de información estadística. Los datos que se buscaron fueron variables macroeconómicas del sector externo, como es el caso de las exportaciones e importaciones y de la balanza comercial. También se obtuvieron estadísticas sobre Inversión Extrajera Directa (IED), Formación Bruta de Capital (FBK) y el Perfil de las empresas manufactureras de exportación.

Para el análisis de datos se utilizará como método a la estadística descriptiva, la cual es el proceso que se relaciona con los métodos y/o técnicas para la recopilación, organización y análisis de un conjunto de datos cuantitativos, con el objeto de describir en forma apropiada las diversas características de dicho conjunto (Perucha & Juárez, 2003).

La investigación se diseñó en tres etapas, en la primera se realizó el proceso de recolección de datos, optando por la utilización de diversas fuentes estadísticas que pudieran aportar un mayor conocimiento sobre la problemática abordada.

Dado que los organismos oficiales tienen sus propios departamentos de estadística dedicada a la recolección de datos que utilizan para hacer ciertos informes, la mayoría de estos datos se presentan semi-tratados. Por tanto, en la segunda etapa se busca hacer manejable la masa de datos procedentes de la observación estadística,

por lo que es necesario reducir el volumen de los datos. Para el caso de las variables cuantitativas tendremos que usar ciertas características o números que caractericen sus distribuciones como es el caso de las medidas de dispersión. Finalmente, en la tercera etapa se analizó y describió la información estadística que ya fue previamente procesada.

RESULTADOS

Es posible que el TPP sea un arma de doble filo, ya que nos abre las puertas de otros mercados en los que no tenemos tanta participación, en los que sí tenemos ya una importante presencia podríamos perder terreno ante países con mayores ventajas competitivas y que ahora puedan acceder a ellos de manera más fácil.

México no parece haber aprovechado hasta el día de hoy sus ventajas comparativas; empíricamente se sugiere que la apertura externa ha mantenido el patrón exportador asociado con exportaciones de bienes intensivos en trabajo y especialmente poco intensivos en trabajo calificado.

Por último, se espera que el estudio arroje el impacto del TPP sobre la competitividad regional y nacional, y en la integración económica regional de Asia Pacífico en su conjunto. Asimismo, se espera que los resultados del estudio revelen los mecanismos formales del TPP para evaluar y mejorar la competitividad. Así como identificar de mejor manera las áreas de oportunidad que tendría México para mejorar su capacidad de atraer y retener inversión y talento.

Desde la implementación del modelo neoliberal la economía mexicana sea caracterizado por una importante desregulación y reducción de la participación del Estado, la apertura comercial y el papel central de la iniciativa privada como motor y principal impulsor de la dinámica económica.

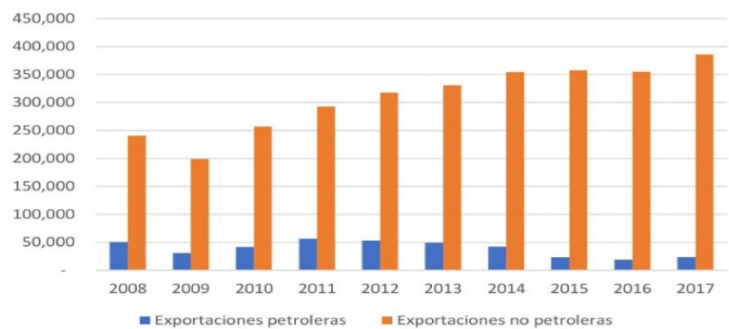
De acuerdo con Huerta (1995), los gobiernos mexicanos han justificado el libre mercado por la supuesta flexibilidad de los precios y la libre movilidad de los factores que ofrece, lo cual desde su punto de vista aseguran que los recursos se utilicen plenamente y que su asignación y uso tengan la máxima eficiencia posible. Sin embargo, en la economía real esto no ocurre así, puesto que existen distorsiones de mercado que provocan que los costos y beneficios privados se contrapongan con los sociales, y que a final de cuentas sólo dará como resultado el derroche de recursos y su incorrecta asignación.

Esta estrategia económica iniciada en 1983 también pretendió modificar la especialización productiva y el patrón de comercio exterior de México. Concretamente, buscaba elevar la participación relativa en la producción y en el comercio de los bienes transables, y dentro de éstos muy en especial de los bienes producidos con métodos intensivos en trabajo.

Destaca que el TPP responde a una visión de largo alcance de México que se encuentra establecido en el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018: a través de la apertura comercial y una política de fomento industrial e innovación, para promover el crecimiento económico equilibrado por sectores, regiones y empresas.

En nuestro país, la apertura comercial ha cambiado nuestra economía, tanto para bien como para mal. Con la firma del TLCAN, pasamos de ser un país que exportaba principalmente materias primas y petróleo, a un país que actualmente exporta productos de alta manufactura.

Gráfico 1. Exportaciones petroleras y no petroleras de México 2008-2017



Fuente: Elaboración propia con datos del INEGI.

México es el décimo tercer exportador más importante del mundo. Al analizar las exportaciones petroleras como las no petroleras, podemos notar cómo en los últimos 10 años las primeras han perdido peso en el total de las exportaciones (gráfico 1).

A partir de 2015 se presentó un importante freno en las exportaciones de crudo mexicano debido a la caída de los precios internacionales del petróleo. Destaca el déficit de petróleo y gas natural con Estados Unidos, tanto en términos de volumen como de valor (Lajous, 2018).

Por el contrario, las exportaciones no petroleras han tenido una evolución favorable sobre todo desde 2010 cuando las exportaciones mundiales de mercancías aumentaron un 22% y las exportaciones mundiales de servicios comerciales crecieron un 9% (OMC, 2011). Para ese mismo periodo en México sus exportaciones presentaron un máximo histórico con un aumento del 29.1%. A partir de esta fecha, las exportaciones mexicanas han crecido a una tasa promedio del 6.1% anual. Sin embargo, las importaciones han aumentado en mayor volumen, lo que se ha traducido en un déficit comercial promedio en la última década de \$6,429 millones de dólares (mdd).

Como menciona Quintana (2015), este hecho ha conducido a diversos actores de la sociedad mexicana a preguntarse si finalmente las exportaciones dejarán de ser un motor del crecimiento económico y dependeremos de lo que suceda sólo en nuestro mercado interno.

Gráfico 2. Principales productos exportados por México



Fuente: Elaboración propia con datos de Banxico.

Si se analizan las exportaciones no petroleras por grandes grupos de actividad económica encontraremos lo que ya es bien conocido, que no es otra cosa que las manufacturas son las predominantes dentro del sector externo en México.

Como se observa en el gráfico 2, México mantiene una fuerte ventaja en la exportación de productos metálicos, maquinaria y equipo. Entre las principales mercancías que se envían a otros países se encuentran los relacionados con transportes y comunicaciones; maquinaria y equipo especial para industrias diversas y; equipo y aparatos eléctricos y electrónicos. Lo anterior podemos notarlo en el sector automotriz, el cual en la última década ha acumulado un peso del 30% dentro de toda la canasta de exportaciones del país con \$892 mil millones de dólares.

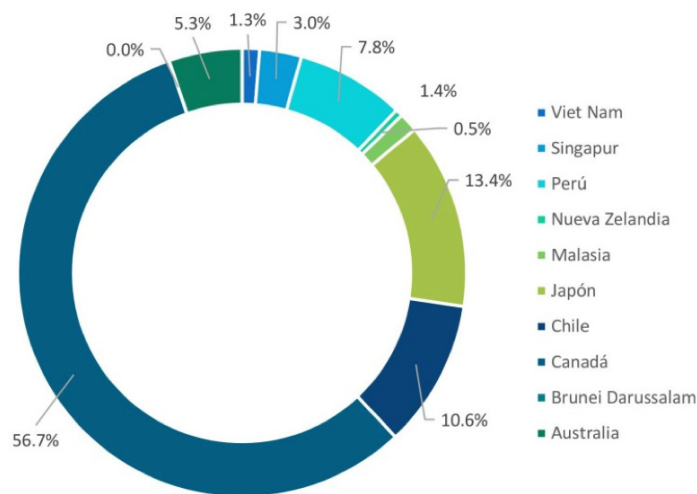
Esta ventaja está relacionada con los bajos costos de transporte hacia el mercado de Estados Unidos y los bajos costos laborales con respecto a este país (Chiquiar & Ramos, Francia, 2008).

Entre los productos que vendemos al exterior se encuentran automóviles, autopartes, refrigeradores, pantallas planas, teléfonos celulares, computadoras, aeropartes, tomate, aguacate, espárragos y cerveza, por mencionar algunos. Estas industrias, además de ser importantes generadoras de empleos en nuestro país, incorporan los productos de otras empresas, desde las más pequeñas hasta las más grandes, como insumos a las cadenas de valor, generando mayor bienestar y crecimiento.

Teniendo en cuenta estos resultados, se puede examinar el efecto de la especialización por ventaja competitiva, reafirmando el hecho de que éstas residen en la producción de bienes relativamente intensivos en trabajo, ya que México tiene una dotación relativamente abundante en este factor.

Bajo el periodo de estudio podemos notar que gran parte de las exportaciones que se realizan hacia los países miembros del TTP corresponden a naciones con los que ya tenemos acuerdos de libre comercio como es el caso de Canadá, Perú y Chile, que juntos representan el 75% de los mercados a los que supuestamente se quiere tener más acceso (gráfico 3).

Gráfico 3. Participación de exportaciones por país del TTP 2010-2018



Fuente: Elaboración propia con datos de Banxico.

Se cree que algunos de los principales obstáculos a las exportaciones en México son: 1) identificar los mercados y compradores potenciales, 2) el acceso a financiamiento, 3) estándares o requerimientos requeridos en el extranjero y 4) altos costos o retrasos causados por la trasportación al interior del país (World Economic Forum, 2014).

De hecho, el costo de transportar las mercancías de los puntos de producción a los puntos de envío (es decir, puertos, aeropuertos, etc.) puede llegar a ser tan alto para ciertas regiones de México que inhibe las exportaciones, ya que en México la disminución en un punto porcentual de los costos de transporte se traduce en el aumento de 2.6% en las exportaciones (Inter-American Development Bank, 2013).

Si se analiza el saldo de la balanza comercial frente a los demás países miembros del TPP, podremos darnos cuenta de que la presencia de Japón en el mercado mexicano es sumamente importante, sobre todo por el volumen de importaciones que se realizan a ese país (168 mil millones de dólares desde 2008) y que superaran la capacidad de exportar de México. De igual forma se tiene un déficit con el resto de los países asiáticos miembros del TPP con excepción de Brunei. Incluso con nueva Zelanda se tiene un déficit de 2 mil millones de dólares (tabla 1).

Tabla 1. Balanza comercial de México frente a los países miembros del TPP (2008-2017)

País miembro del TPP	Saldo de la Balanza comercial (Miles de dólares)
Viet Nam	(18,817,387)
Singapur	(8,831,714)
Perú	8,025,557
Nueva Zelanda	(2,826,792)
Malasia	(59,222,683)
Japón	(145,335,380)
Chile	1,263,411
Canadá	2,783,220
Brunei Darussalam	25,292
Australia	2,367,640

Fuente: Elaboración propia con datos del INEGI.

Regionalmente contrasta el hecho de que se tiene un superávit con todos los países del continente americano que son miembros del TTP (12 mil millones de dólares), sobre todo con Perú. En cuanto a la región de Oceanía que sólo la conforman dos países miembros, México parece tener mayores competencias que Australia, ya que tiene mayor penetración en este mercado, lo que le da un saldo positivo de 2 mil millones de dólares.

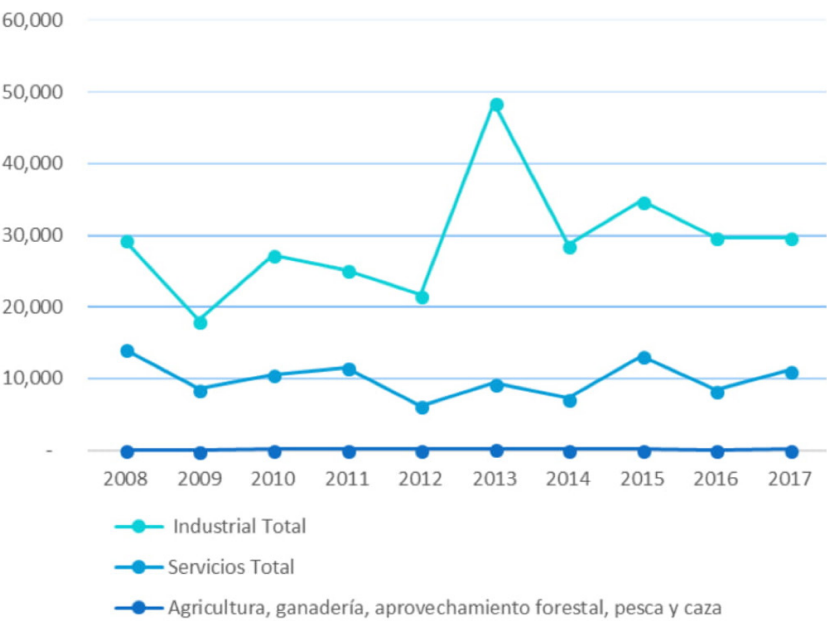
En sí el hecho de que el comercio exterior de México presente hoy, después de la apertura externa, una mayor especialización y diversificación, puede ser resultado de la política de comercio intrafirma que promueven las grandes empresas transnacionales a partir de su estrategia de expansión mundial.

En nuestro país estas grandes transnacionales han enfocado sus inversiones en el sector industrial y de servicios; mientras que la IED en la agricultura se ha mantenido marginal y sin cambios (gráfico 4).

Lo anterior nos habla de la atractividad que tienen estos dos sectores para las grandes empresas. Tan sólo en esta última década en dichos sectores se ha invertido

poco más de 193 mil millones de dólares en capital extranjero. En el sector secundario, las industrias manufactureras (con el 76.7% de participación en el total del periodo estudiado) son las que acaparan dicha inversión, seguida de la industria minera (12%), de construcción (7.8%) y hasta el último la de electricidad, agua y suministro de gas (3.6%).

Gráfico 4. Evolución por sectores de la IED en México (2010-2018)

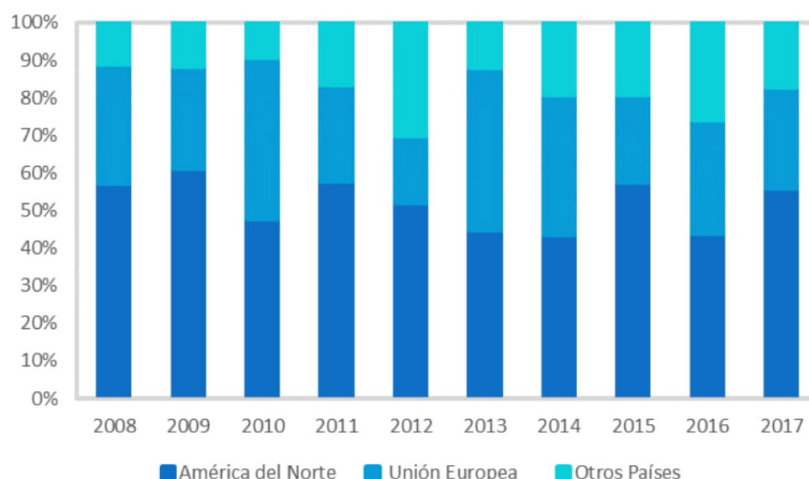


Fuente: Elaboración propia con datos de la Secretaría de Economía.

Por su parte, la inversión extranjera en el sector terciario se ha enfocado a los servicios financieros y de seguros (25. 8% del total de su sector), al comercio (23.6%), servicios de transportes (15.1%) y el resto a otros rubros como el inmobiliario o de salud.

No es de sorprender que la principal fuente de IED provenga de la región de Norteamérica y casi en su totalidad de los EE.UU (en promedio el 83% proviene de nuestro vecino y el resto de Canadá).

Resalta que las empresas de Europa mantienen también una importante inversión en México (93 mil millones de dólares), sobre todo de España, Bélgica, Alemania, Holanda, Francia y Gran Bretaña.

Gráfico 5. Participación de la IED en México por región 2010-2018

Fuente: Elaboración propia con datos de la Secretaría de Economía.

En cuanto a otros países que, si son miembros del TPP, solamente Japón sobresale en este rubro, puesto que su IED promedio en nuestro país es de 1 622 mdd. Ni siquiera Perú o Chile que son nuestros socios comerciales de hace tiempo y que sus mercados son relativamente cercanos tienen cierta incidencia en esta variable. Estas cifras nos podrían indicar que el TPP poco podría aportar a la dimensión de atractividad de México para reforzar su competitividad.

En efecto, México goza de ventajas comparativas y competitivas, por consiguiente, son relativamente menores los costos y los precios de la producción nacional, comparados con los del exterior, lo cual le da cierta agresividad en sus exportaciones y atractividad para la IED frente a otros miembros del TTP. Debido a esto en México es más conveniente la fabricación de bienes intensivos en trabajo que de capital (López, 1997).

CONCLUSIONES

La competencia se encuentra desplegada en varios niveles donde los competidores globales dominan una red de actividades fuera de sus países de origen, y aprovechan ventajas competitivas en todos los eslabones de la cadena económica.

Para el caso de México existen varios escenarios en cuanto a las posibles consecuencias para su economía. Por tanto, el gobierno mexicano debe tomar mejores decisiones para evaluar y priorizar las ventajas comparativas macroeconómicas del país. Lo anterior servirá para tomar medidas para seleccionar los sectores líderes que reimpulsen la industrialización del país.

REFERENCIAS

1. Chiquiar, D. & Ramos-Francia, M. (2008). *Una Nota acerca de la Relación de Largo Plazo entre las Industrias Manufactureras de México y Estados Unidos*. México: Banco de México.
2. Gobierno de México (2018). *Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico*. Recuperado de <https://www.gob.mx/tratado-de-asociacion-transpacifico>.
3. Huerta, R. (1995). La medición de la ventaja comparativa en el sector manufacturero de México. *Investigación Económica* 55 (211), pp. 69-96.
4. Huerta, R. (2009). Ventajas comparativas y política industrial en una economía abierta. *Investigación Económica* 68 (269), pp. 113-141.
5. Inter-American Development Bank (2013). *Too Far to Export: Domestic Transport Costs and Regional Export Disparities in Latin America and the Caribbean*. Inter-American Development Bank.
6. Lajous, A. (12 de abril de 2018). El déficit petrolero de México. *La Jornada*. Recuperado de <http://www.jornada.unam.mx/2018/04/12/opinion/018a1pol>.
7. López, J. (1997). Ventajas comparativas, crecimiento y comercio exterior de México. *Investigación Económica* 57 (222), pp. 47-72.
8. OMC (2011). Evolución del comercio mundial. Organización Mundial del Comercio. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/res_s/statistics/its2011_s/its11_highlights1_s.pdf
9. Pack, H. & Westphal, L. (1986). Industrial Strategy and Technological Change. *Journal of Development Economics* (22), pp. 87-1.
10. Perucha, T. & Juárez, U. (2003). *Lecciones de Estadística Descriptiva. Curso teórico practico*. Madrid: Ed. Thomson.
11. Quintana, E. (2015). ¿Dejarán de ser motor de crecimiento las exportaciones? *Revista Comercio Exterior*, 4, pp. 28-40.
12. Sallenave, Y. (1994). La competitividad. En *La gerencia integral* (pp. 233-256). Bogotá: Ed. Norma.
13. Sarduy, Y. (2007). El análisis de información y las investigaciones cuantitativa y cualitativa. *Revista Cubana de Salud Pública*. 33 (3), pp.1-11.
14. SICE (2018). *Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico (CPT-PP)*. Recuperado de http://www.sice.oas.org/TPD/TPP/TPP_s.ASP
15. World Economic Forum (2014). *The global enabling trade report 2014*. Ginebra: World Economic Forum.