



Ius Comitiālis

ISSN 2594-1356

Año 2
Núm.

4

julio-diciembre 2019



Universidad Autónoma
del Estado de México



Universidad Autónoma del Estado de México

EQUIPO EDITORIAL:

Director: Joaquín Ordóñez
Editora: Mónica Natalia Martínez Mejía
Coeditora: Fátima Esther Martínez Mejía
Asistente editorial: Adriana Guadarrama Chaparro
Asistente editorial adjunto: Andrés de la Cruz Torres
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. 2, núm. 4, julio-diciembre de 2019, 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: 2 de diciembre de 2019.

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 se cite la fuente completa y se comparta con los mismos términos de la siguiente licencia: Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional

Hecho en México, Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM), todos los derechos reservados 2019.



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

CONTENIDO

7	El Estado Comunitario y fin del Estado de Derecho en México RODOLFO TÉLLEZ CUEVAS
29	Consideraciones en torno al Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024 ALMA DE LOS ÁNGELES RÍOS RUÍZ
47	Cibercriminalidad y ciberseguridad en México HIRAM RAÚL PIÑA LIBIÉN
70	Principio <i>pro persona</i> , como criterio hermenéutico de la interpretación de las normas sobre derechos humanos HÉCTOR MARTINIANO APARICIO GONZÁLEZ
93	La objeción de conciencia en los servicios de salud a menores de edad: una mirada desde su constitucional fundamentación jurídica ENRIQUE GABRIEL LAZAGA YAMIN LAURA G. ZARAGOZA CONTRERAS
110	El juicio electoral como medio de impugnación de las sentencias del Tribunal Electoral del Estado de México en los procedimientos sancionadores NORMALIDIA NOVA ALPIZAR
125	Cuotas a partidos políticos: mecanismo de acceso a cargos de elección popular para personas con discapacidad ANA ANGÉLICA LÓPEZ VALDÉS
137	La equidad en las campañas electorales: elección consecutiva a presidentes municipales en el Estado de México (Proceso Electoral 2017-2018) MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ GONZÁLEZ
149	Inclusión laboral y posconflicto en Colombia: la telecapacidad como herramienta estratégica ADRIANA CAMACHO-RAMÍREZ MARÍA JOSÉ VARGAS RODRÍGUEZ
168	Democracia participativa como complemento de la democracia representativa FRANCISCO HURTADO DELGADO CLAUDIA ITZEL GONZÁLEZ FUENTES
186	La dispraxis formativa: Una revisión en materia de derechos humanos y ética profesional LÁZARO MARTÍNEZ VELÁZQUEZ LAURA G. ZARAGOZA CONTRERAS
200	Democracia, mujeres y LGTBT en México: Una reflexión histórica cultural BELÉN BENHUMEA BAHENA



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

Editorial

La Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM), a través de la Facultad de Derecho, presenta el fascículo número 4 donde se publican doce artículos con diversos temas relacionados con la teoría constitucional, tales como el Estado de Derecho, el principio *pro persona* y su criterio de interpretación, la objeción de conciencia, el Plan Nacional de Desarrollo y las políticas públicas, la dispraxis formativa en cuanto a derechos humanos, la inclusión laboral y la telecapacidad, y también la cibercriminalidad y ciberseguridad.

Asimismo, no pueden faltar los temas respecto a la teoría de la democracia y el derecho electoral, como la democracia participativa frente a la representativa, el juicio electoral como instrumento de impugnación, las cuotas a partidos políticos con relación a las personas con discapacidad, la equidad en las campañas electorales, así como democracia, mujeres y LGBTTTI.

Desde el fascículo anterior, la revista *Ius Comitiālis* fue incorporada al directorio de *LATINDEX* y nos complace anunciar que a partir del presente se encuentra también indexada en la Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico (REDIB), lo cual ha sido gracias a la confianza que los autores, teóricos e investigadores, tanto nacionales como internacionales, que han estimado este medio de difusión como una opción viable, seria y comprometida para poder distribuir de manera electrónica y gratuita el producto de sus investigaciones.

En esta nueva entrega continuamos publicando los resultados de investigación de autores, tanto nacionales como extranjeros, quienes, a través de la revista *Ius Comitiālis*, nos comparten su experiencia profesional y sus hallazgos teóricos. Por supuesto, en este número se publican solamente los artículos que han logrado salir airoso de nuestro proceso de revisión por pares doble ciego (*double blind peer review*), con lo que a nuestros lectores les podemos garantizar que los productos aquí publicados sostienen un mínimo de calidad científica que los hacen el referente idóneo para que los integrantes de la comunidad académica puedan continuar investigando en los distintos temas que son objeto de la revista.

Finalmente, se pone a la consideración de académicos, investigadores, estudiantes de posgrado y público en general, el presente fascículo número 4, que corresponde al periodo julio a diciembre de 2019 y se pone a disposición de todos aquellos interesados en postular trabajos relacionados con la temática de la revista, para su posible publicación.

“Ciencia, Derecho y Democracia”

Joaquín Ordóñez

Director de la revista *Ius Comitiālis*

El Estado Comunitario y fin del Estado de Derecho en México

The Community State and end of the State of Law in Mexico

RODOLFO TÉLLEZ CUEVAS*



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

Resumen

El Estado de Derecho está tocado de muerte, incluso diríamos que tal vez ya no existe, al menos en la práctica, ya que ha venido en decadencia ante el embate de dos fenómenos: la economía internacional y la política de un mundo cada vez más comunitario. Teóricos y exegetas siguen con la idea de que éste aún perdura y que regula la vida de los Estados. Empero, se ha estimado que las leyes han sido rebasadas ante las exigencias de la economía y del actuar político, no sólo a nivel nacional sino también foráneo. Por tanto, nos encontramos en un tránsito que va de un Estado de Derecho anquilosado y vetusto a un Estado Comunitario, pasando por estadios intermedios.

Palabras clave

Estado de Derecho, Estado Comunitario, Política Económica, Mercado, Globalización.

Abstract

The rule of law is touched with death, we would even say that perhaps it no longer exists, at least in practice since it has come into decline in the face of two phenomena: the international economy and the politics of an increasingly communal world. Theorists and exegetes continue with the idea that it still endures and regulates the life of the States. However, it has been estimated that the laws have been exceeded by the demands. Of the economy and political action not only at the national level but also abroad. Therefore, we are in a transit that goes from a state of law ankylosed and old to a Community State, passing through intermediate stages.

Key words

Rule of Law, Community State, Economic Policy, Market, Globalization.

*Doctor en Estudios Jurídicos. Profesor de tiempo completo, Centro Universitario Nezahualcōyotl, Universidad Autónoma del Estado de México, México. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8063-027X>. Correo electrónico: napoleon414@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

El sociólogo norteamericano Francis Fukuyama externó su tesis principal, donde manifestó que a la caída del socialismo y el bloque del *Pacto de Varsovia*, “la historia había entrado en una agonía, cuyo resultado sería su fin. Muchos lo interpretaron no sólo como el fin de la historia, sino de las ideologías mismas” (Fukuyama, 1992, p. 11). Por eso nos surge una interrogante –base del presente trabajo–: ¿El Estado de Derecho cumplió su rol histórico para dar paso a la globalización y el mercado consolidando en un futuro no lejano un Estado Comunitario y México como parte de él?

Lo que parecían los resabios del capitalismo, no fue otra cosa más que la entrada a un nuevo esquema, un nuevo orden socio-político, que se nos vendió y del que se comenzó a hablar y que se tradujo en el fenómeno de la *globalización* o *mundialización*. Ésta la hemos encontrado en nuevos perfiles internacionales y económicos con su respectiva dosis de influencia social, política, educativa, financiera, etc., lo cual para nuestro país no fue extraño. Ya desde tiempos de la administración de Miguel de la Madrid, México se sumergió en un rol económico que cambió los escenarios: la llegada de los neoliberales o monetaristas al poder (los conocidos *Chicago boys*, después fueron los *tecnócratas* hasta el encumbramiento de los *yuppies* en las altas esferas políticas durante los siguientes años).¹ “Este recambio de los

¹ La Escuela de Chicago es una línea de pensamiento económico del siglo xx, basada en la exégesis de la esfera de la circulación; los aspectos monetarios; la teoría cuantitativa del dinero y la cuestión de la distribución de la renta. Sus principales expositores: Milton y Rose Friedman, Henry Simmonds y Jacob Viner. Se le conoce así porque Friedman fue catedrático de la Universidad de Chicago. Este pensamiento fue importado por Augusto Pinochet, es allí donde se les bautizó como Chicago Boys y los resultados fueron sorprendentes en ese país. En México se les calificó de esa forma a los miembros del gabinete de la administración De la Madrid, identificados “la mayoría por haber cursado estudios de posgrado en el extranjero”. De igual forma se les calificó como Tecnócratas o Monetaristas (Cfr. Zorrilla y Méndez, 1988, p. 62), por lo que respecta del apelativo *juppies* o *yuppies*, se refiere a ciertos jóvenes “de la burguesía que demuestran ostentosamente su condición social con modismos, conductas y lenguaje estereotipado” (Roldán, 2006, pp. 22, 337). Para nosotros, los políticos *yuppies* y tecnócratas los identificamos de la siguiente forma: “El *yuppie* es el clásico pseudo-político, jamás ha militado en partido político alguno –y por militar nos referimos a participar directamente como militante en campañas, trabajo activo comunitario o en células o seccionales, etc.–, lo que lo hace ajeno a la realidad social; por su cuna, es pseudo-aristócrata del dinero, es hijo de empresario, o de político de segunda generación, o de empleado metido a funcionario de la iniciativa privada o algún espécimen similar. Viste ropa de marca, que no compra en Europa, si acaso lo hace en Estados Unidos o en las tiendas más caras de México; es xenófobo con los ‘nacos’ de los cuales cuando se encuentra en campaña –cuando le toca la lotería de ser candidato de ‘su partido’, que normalmente es el PRI o el PAN– suele hablar lindezas y hasta fotografiarse con ellos o tener una sesión de *shake hand* con sus futuros votantes. Suelen, por cierto, hablar... *spanglish* (son medio gringos y a todo suelen repetir ‘yes...’, ‘okey’, ‘bay’ y frases similares), aunque la mayoría de ellos saben hablar mejor el inglés que el español. Estudiaron en instituciones privadas, nuevas carreras muy sofisticadas y la mayoría de ellos han tomado cursos, especialidades y más aún han estudiado maestrías y sendos doctorados en universidades extranjeras

factores reales de poder no sólo se vio en el terreno político y gubernamental” (Merino, 1995, pp. 47-49), sino en el pináculo de la dominación socio-política, dando como resultado toda una nueva *élite* de poder (Mills, 1987, pp. 16-17). Esta nueva “estirpe” en los puestos de alta dirección política y económica de ese México, que gestara como lo indicamos Miguel de la Madrid, se le conoce como tecnocracia pura con características bien determinadas (Bravo-Ahuja y Sirvent, 1987, pp. 372-373, 375). Con los cambios de la *élite* en el poder, también se dieron los ajustes de modelo político, aclarando que sin que este cambio haya mejorado el proyecto nacional, el cual requería ahondar en las estructuras económicas, pues las necesidades de colocar al país en un nuevo orden internacional soportaban los sacrificios la sociedad mexicana.

(la mayoría trata de convencer que lo hicieron en las de la Ivy League). Su mundo está centrado en el imperio del vecino del norte y normalmente ocupan puestos *ex professo* creados para ellos una vez que terminan sus estudios en el extranjero, pero lo que desconocen son las realidades nacionales, tanto la idiosincrasia nacional como las necesidades propias de la sociedad mayoritaria. El *yuppie* es superfluo, arrogante, discriminador, ególatra, conservador, en la mayoría falto de una idea política basada en doctrina sociopolítica fija, materialista, apartidista, su conocimiento político es reducido más no su idea de la política, la cual se centra en los índices del Dow Jones o el Bovespa. Cuando hablan de militancia política, jamás reconocen su falta de conocimiento del sistema político y más aun de la historia y génesis de su partido. Este prototipo se siente como pez en el agua cuando se piensa en un modelo nacional anexo al de los Estados Unidos. Muy pocos de ellos despuntan en el área intelectual y cultural de México. El tecnócrata es ‘primo’ cercano del anterior y como su ‘pariente’ padece de las mismas fobias y taras, así como su forma de expresarse es igual o muy similar. Lo que los distingue de aquéllos es que estos son menos superfluos, más estudiosos, más ambiciosos y enfocan sus energías en el sector financiero o económico de la alta burocracia nacional. Además, los *yuppies* no son propios de la administración pública, y por ende son más frecuentes de la iniciativa privada y en particular de las grandes empresas nacionales y transnacionales en México. En cambio, los tecnócratas cuentan con cierta veta política por los antecedentes de sus padres, tíos o padrinos políticos, o incluso son políticos natos (dicho sea con toda honestidad, son escasísimos estos últimos), lo cual conjugan con un proyecto a corto, mediano o largo plazo, según se presenten las condiciones de desarrollo político. El tecnócrata está de moda y se ha ocupado de estudiar esquemas macroeconómicos que lo hagan virar en las políticas de gobierno a las políticas públicas y la gerencia pública vista desde el ángulo de la econometría, y todo ello para dar más peso a los factores económicos y con ello consolidarse como *élite* gobernante. Doctrinalmente, la tecnocracia se define como el ‘gobierno de los técnicos (y éste) sucede cuando individuos con adiestramiento y experiencia en las ciencias y técnicas (...), y sin experiencia política, ocupan las posiciones dentro del aparato gubernamental con poder para decidir o determinar de manera sustancial la dirección del gobierno’. En este caso nos encontramos desde los gobiernos de Miguel de la Madrid –la era de los Chicago Boys– hasta Ernesto Zedillo, aunque en la administración Fox este término ha venido a la baja, sin que por ello se reconozcan secuelas y ‘políticos’ tecnócratas como el caso de Francisco Gil Díaz, he incluso el mismo presidente (a pesar de sus antecedentes como ex diputado federal y de ex gobernador de Guanajuato: su formación así lo demuestra). Por lo tanto, son más técnicos que políticos, o dicho de otra es más que un especialista con competencia como actor social dentro de un sector específico (el público para este caso) y tienden a innovar hacia la eficiencia burocrática; también parte hacia la competencia para el logro de la última premisa: la eficiencia. Como buenos economistas –la mayoría de ellos– monetaristas están a favor y hablan de la libertad de mercado y el adelgazamiento del Estado; las privatizaciones y la globalización, ya que son algunas de las cosas que aprendieron durante su estancia en las universidades del circuito de la Ivy. Pueden durar con la esperanza de llegar algún día a ocupar los puestos de decisión más importantes y desde allí ampliar sus ‘tentáculos políticos’: tenemos a los herederos de la fracción de los 40 alemanistas: los Salinas de Gortari, los Camacho Solís, los discípulos de Ortiz Mena, Mancera Aguayo, Margain, Leopoldo Solís, Carrillo Flores, etc. El tecnócrata se distingue por su falta de nacionalismo y estos materialmente surgen en nuestra política como lo indicamos, desde el mandato de Miguel de la Madrid; es decir, que la Vieja Guardia fracasó en la producción de alternativas viables y poder con ello contrarrestar la embestida tecnocrática, lo cual también fortaleció la política neoliberal de los ‘Chicago Boys’ mexicanos. También buscan un Estado mínimo y la implantación de un proyecto hegemónico neoliberal, criticando en sus discursos al proyecto keynesiano. Por lo tanto, es una nueva clase de político, por definirle de una forma y que además es un prototipo que se puso de moda” (Téllez Cuevas, 2013).

La administración que le siguió a De la Madrid (la de Salinas) apuntaló el sudicho canje estructural, fincando con ello el acceso de la mal llamada “generación del cambio”.² “A ellos les correspondió garantizar las reformas del aparato social, político y económico en pos de enrolar al país a ese nuevo orden internacional, el cual quedó ya definido con el gobierno de Zedillo” (Villamil, 1999, p.14; Reyes, 2015, pp. 1-31).

Pero todo este proceso tan amplio no fue elaborado en políticas y proyectos, fue gestionado con constantes reformas legales que fueron desde la Constitución Política misma, hasta los ordenamientos jurídicos de los sistemas financiero, bancario, judicial, electoral, educativo, de seguridad social, esto trajo como consecuencia el resquebrajamiento del Estado de Derecho y por ende la necesidad de iniciar la reforma de éste. Empero, también la transformación se dio allende las fronteras. Con la concretización de la Unión Europea, la incorporación de los países de Europa del Este al modelo de economía libre, la aparición de mercados emergentes en un nuevo orden económico y financiero, teniendo como *santón* a Estados Unidos, el Estado de Derecho como modelo comenzó su desgaste. Se dieron acciones democratizadoras en los foros internacionales, siendo ejemplo de una mayor democratización política y electoral, lo cual sería retomado por los gobiernos extranjeros y justificar los cambios internos (La Carpeta Púrpura, 1996, p. 1-2; Urquidi, 1996, pp. 19-70).

El modelo del *Estado Comunitario*, reflejado en la *Unión Europea*, atiende a la necesidad básica de recomponer a los actores políticos y económicos a nivel internacional, dejando de lado la esencia del Estado moderno. Dicha necesidad es esencialmente económica y ha plasmado también la generación de perspectivas a largo plazo de los miembros de la Unión con respecto a las finanzas mundiales.

Por lo tanto, la urgencia del nuevo esquema, modelo, perfil o como mejor se presente dicha necesidad, ha creado que los países reformen sus sistemas jurídicos para adecuarlas a los ámbitos económicos y financieros. Por ejemplo: en México la reforma de fondo a la Carta Magna para favorecer la *adhesión*³ del país al Tratado

² Integrada entre otros por: Manuel Camacho, Ernesto Zedillo, Óscar Espinosa, Luis Donaldo Colosio, Patricio Chirinos, Otto Granados (formará parte del gobierno de AMLO), Jaime Serra, Carlos Rojas, José Ángel Gurría, Francisco Gil y Pedro Aspe Armella.

³ Inicialmente, “el Tratado de Libre Comercio de América fue celebrado por Canadá y Estados Unidos en 1988” (Martínez Aguilar, 2009: 60, Nota 2). Sin embargo, nuestro país se iniciaron las negociaciones desde los años noventa para que México se adhiriera al tratado ya vigente entre sus vecinos del norte (Hernández Villalobos, 2004, p. 83; Guerrero Verdejo, 2018, pp. 95-96). El Tratado de Libre Comercio al que México se unió, simplemente se adhirió al Tratado ya existente y que se renegó (con Canadá y Estados Unidos, a fin de poder estar en equilibrio competitivo con esas dos economías) en 1992-93, para entrar en vigor el 1 de enero de 1994. Entró en vigor el 1 de enero de 1989 en Canadá y Estados Unidos (Martínez Aguilar, 2009). Otros aspectos relevantes de esa adhesión tras la negociación de aquéllos con México, fueron varios aspectos: 1) Desde antes de 1988, Canadá y Estados Unidos habían realizado durante décadas esfuerzos para regular sus relaciones comerciales, a través de la imposición de medidas antidumping o compensatorias; 2) Desde las negociaciones de este tratado, Canadá y Estados Unidos, acordaron incluir medidas de solución de diferencias comerciales; y, 3) Ambas naciones se rigen (hasta el momento) en un sistema de Derecho Común (diferente al que en el México de los noventa del siglo xx teníamos), es decir, a través de *common law* (Martínez Aguilar, 2009, pp. 60-61). De acuerdo con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados del 23 de mayo de 1969, en su Parte I, punto 2, se puede leer: “...b) se entiende por ‘ratificación’, ‘aceptación’, ‘aprobación’ y ‘adhesión’, según el caso, el acto internacional así denominado, por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado” (Convención, 1969). En este sentido, si el Tratado de Libre Comercio originalmente se dio en 1988 y entró en vigor para el año siguiente en Canadá y Estados Unidos (enero de 1989), y de él se desprende la base jurídico-internacional con México en 1992 para ser vigente desde el 1 de enero de 1994, hablamos de una adhesión *in situ*. Por lo que descartamos y falsearía idea de que México celebró un tratado comercial con sus vecinos del norte (Reyes, 2015, pp. 172-174).

de Libre Comercio, e incluso con la Unión Europea; en el caso de las naciones de Europa Occidental, con los múltiples tratados de cooperación que culminaron en el Tratado de Maastrich, la Unión Europea (Lozano, 1993, pp. 47-51; Benejam, 1993, pp. 1121-1115; Millán Bojalil, 1993, p. 1125; Gros Spiell, 1996, pp. 84-96; Rubio, 1994, p. 67; Ortiz Martínez, 1994, p. 11; Téllez-Cuevas, 2002, pp. 62-71) y la promulgación de la Constitución Europea (Carta de Niza). Durante el ascenso del fenómeno de la globalización, los Estados Unidos consideraron hacer frente al embate de la rápida elevación de la economía japonesa y para ello estableció su influencia mediante lo que se denominó como el Consenso de Washington. Este proyecto obedeció a una convergencia económica y reveló la influencia del vecino norteño hacia Latinoamérica (Dabène, 1997, p. 271), como lo veremos.

ELEMENTOS IDEALES DEL ESTADO DE DERECHO: EL CASO MEXICANO

Desde los lejanos tiempos de los clásicos del liberalismo, el Estado de Derecho o Estado Moderno o Estado Capitalista, dependiendo desde la óptica, cumplió con su cometido y hoy ha quedado rebasado. Empero, los elementos que le caracterizaban eran notorios y como producto del desarrollo y evolución del Estado mismo. El sustento de esta forma de Estado tenía su principal característica axial al sistema jurídico como su columna vertebral. El sistema jurídico implementaba las condiciones para estructurar, organizar y administrar todo el aparato político del Estado. Es decir, era el elemento toral de ese cuerpo amorfo, que comenzaba a tener o vislumbrar forma cuando su sistema de leyes funcionaba.

Los elementos del Estado de Derecho son variados y están comprendidos de la forma siguiente, en la cual daremos la esencia con la que nació y cuál fue su desenlace postrero.

1. *Sistema Jurídico*. Los índices de corrupción y los casos que la avalan, desde los juzgados de primera instancia mismos, denotan la decadencia de las autoridades administradoras de justicia e incluso las investigadoras de las situaciones delictivas. Aunque hay grandes esperanzas con el nuevo sistema mixto judicial –iusnaturalista y iuspositivista– importado de otras latitudes; así como una nueva generación de los derechos de cuarta generación.
2. *Cuerpo de Leyes*. Son de tal número que resultan ineficaces en el planteamiento teleológico que postulan. Tan sólo baste el ejemplo (y ya que los responsables han querido emular y lo han hecho en casi todo al sistema estadounidense americano), que en nuestro país hemos tenido cuatro Constituciones vigentes (1824, 1836, 1857 y la actual de 1917) y más se aprecia la injusticia, lo cual obedece a que no se perseguía la justicia sino la equidad, pues nuestro sistema jurídico era juspositivo. Y con ello no estamos a la par de otras naciones –verbigracia, Estados Unidos– que sólo han tenido una sola Constitución vigente y menor incluso en su contenido.
3. *Principio de Soberanía*. Se cumple con lo dispuesto por la Constitución, al momento de realizar consultas a la sociedad para de allí crear los *Foros de Consulta*

y su sustrato sea la formulación de un Plan de Desarrollo Sexenal o de Gobierno, que en realidad ya se tiene preparado y que la dichosa consulta es *mero trámite* y fundamentación de legalización de las acciones del gobierno en turno. Se cumple con lo reglado constitucionalmente, al costo de la opinión pública de los factores reales de poder afectados e involucrados. ¿En realidad puede existir la soberanía nacional y popular, cuando no existen figuras como el *Plebiscito* o el *Referéndum Constitucionales*? ¿O cuando se estima el delito de peculado por parte de los exmandatarios y no se les somete a juicio? ¿O cuando nuestra Carta Magna no contempla ni siquiera estima el *Impeachment* presidencial, como lo tienen en Brasil, por ejemplo?

4. *República Federal*. El federalismo fue fundamental para autodeterminar las acciones de gobierno en Estados Unidos, pero en nuestro caso además de ser polémica y medio de controversia político-militar durante el siglo XIX, en la práctica la *centralización* política, administrativa y económica es latente en todas las esferas de importancia en nuestro país. Aunque el federalismo es en sí un tema complejo, en realidad la autonomía federativa de las entidades ha alcanzado a últimas fechas carta de especulación y cada vez más se ha dado a las entidades más autonomía y respeto al Pacto Federal.
5. *División de Poderes*. ¿Se puede dar plenamente el sistema de pesos y contrapesos? El equilibrio del poder ha pasado a mejor vida: hemos visto actuar a presidentes que disponían de la esencia del sistema presidencialista y de ello existe un sinnúmero de casos en nuestra historia. Ahora con el dominio del Congreso por parte de MORENA, todo pareciera ser que se acentuará esa “costumbre” de que el presidente controlaba –por su número– al Legislativo. Es posible que lo veamos pronto.
6. Respeto a la *potestad Legislativa y Judicial*. El mismo *Golpe de Estado técnico* zedillista, que consistió el desaparecer al pleno de la Corte Suprema (1995, de veintidós miembros y dejar acéfalo al poder judicial) y es vivo reflejo de la falta de respeto a los demás poderes por parte del Ejecutivo. Aunque este tipo de *presidencialismo* fue de una forma más atenuado al presidencialismo clásico que ejerció Salinas y que hoy pareciera que con Peña Nieto llega a su fin.
7. *Principio de Representatividad*. Con las últimas elecciones presidenciales y la credibilidad de las autoridades en materia electoral (INE), este principio ha quedado soportado con el triunfo del *fenómeno López Obrador* y con él la libertad política, pues esta última como actividad “que permite a los gobernados expresarse sin temor a sufrir represalias por ello”, así como “el derecho democrático de organizarse y actuar políticamente sin más restricción que el respeto a las leyes” (Trípticos de Divulgación de la Cultura Democrática, s/f), las mismas que se cumplen, como lo presenciamos ante la elección. Este tema invariablemente nos remite a la legalidad y legitimidad de un gobierno o no, lo cual se ha venido discutiendo desde hace mucho tiempo (recordemos la elección de otros casos donde la legitimidad estuvo en duda: como los casos de Carlos Salinas vs. Cuauhtémoc Cárdenas y Felipe Calderón vs. Andrés Manuel López).
8. *Partidos Políticos*. Sabemos que son indispensables para determinar la participación política –que debiera ser activa, social y legal– y ésta se centra invariablemente en aspectos relativos más al ámbito político menoscabando el jurídico:

“Además, los partidos tienen importantes cometidos en los Estados modernos (*dígase de Derecho*): proponer programas e ideologías a los ciudadanos, articular y aglutinar intereses sociales con finalidades estrictamente políticas, movilizar y socializar a los ciudadanos y, principalmente, reclutar élites y formar gobiernos, función que sólo ellos pueden realizar” (Cárdenas Gracia, 1996, p. 16, los paréntesis y cursivas son nuestros). En lo primero, los problemas de comunicación y difusión son latentes, ya que las transmisiones televisivas o radiofónicas son en horarios fuera de toda posibilidad de recepción y en el caso de las bases de los partidos políticos; se desconoce la más mínima historia y/o antecedente de los mismos por parte de sus militantes; además que la constancia de pertenencia a ellos es relativa –recordemos que por eso surgió en 2007 la *Ley chapulín*, que cumple la idea de que los políticos se dejen de *prácticas mercenarias* y que vaya de partido en partido, sin siquiera tener un compromiso ideológico con dichos institutos–; así también, los partidos políticos han devenido en fracturas internas, otros en rotundos fracasos tras muchos años de no adaptarse a las exigencias de los cambios y demás.

Esta desconfianza sobre la institución política partidista ha orillado a los grupos sociales a buscar otros medios de participación como los movimientos a través de grupos de presión o de intereses, o en su mejor postor, en Organizaciones No Gubernamentales. Por lo tanto, la propuesta de programas e ideologías está en desuso o ya a pocos importarían, y es la prensa escrita la que medianamente orienta sobre la idea de que un partido es de tal o cual orientación política. Hoy los partidos políticos son dubitables, por varias razones. En el caso de México, la alternancia en el poder nos ha demostrado que por allí va el camino: “es prueba de esto que dentro de un sistema democrático, es posible y legítima la alternancia entre gobiernos de derecha y de izquierda” (Bobbio, 2001, p. 33).

Pero vimos que esa alternancia pareciera de forma y no de fondo, que son más latentes; empero, los Estados Democráticos Modernos son variables, ya que no es lo mismo la alternancia en Estados Unidos y Francia, que en la mayoría de los países latinoamericanos, a pesar de los avances no sólo legales sino también en órdenes como la aplicación electrónica a los procesos electivos mismos (verbigracia el PREP, *Programa de Resultados Preliminares* del INE, que ya no es tan bueno como las encuestadoras y las *Encuestas de salida*), que también están en tela de juicio, en cuanto a su credibilidad; pareciera que en esos Estados Modernos –*realmente modernos*– la alternancia ha funcionado y que en nuestro caso ha dejado mucho que desear, empero, la solución no está como lo menciona Bobbio, en los partidos verdes ni aun en los de centro, ya que en el caso, este partido (en México) ha sido organización política *bisagra*, es decir, muy acomodaticio, ya con el PRI o el PAN e incluso en coaliciones con otros partidos muy disímbolos ideológicamente (Bobbio, 2001, pp. 54-61).

Además un *quid* en el juego político de los partidos está no en las decisiones de representatividad popular, sino cupular: “el Estado de partidos implica que las principales decisiones políticas no son tomadas en el parlamento (...), sino por los dirigentes del partido, que obligan a sus diputados y demás funcionarios de elección popular a seguir los mandatos de éste” (Cárdenas Gracia, 1996, p. 21), ¿entonces cuál representatividad popular? Con esto se atrofia lo de que deben “aglutinar (los) intereses sociales con finalidades estrictamente políticas”, que asentábamos anteriormente; o el caso de *mesianismos* con un alto y cargado sentido de *culto a la personalidad* como en el liderazgo de López Obrador.

En lo que sí pareciera estar *ad hoc*, es en la movilización, que se traduce en la práctica y capacidad de convocatoria sobre las masas y/o un grupo social determinado, de cada uno de los partidos y esto no es más que la *ley de hierro de la oligarquía* de que nos habla Robert Michels, que “alude a la burocratización del partido y a la ausencia de democracia interna en su seno” (Cárdenas Gracia, 1996, p. 21) como en el PRI que ha decaído en prácticas peores, como la de usar sus mismos *cuadros dirigenciales* sin reciclaje o –lo peor– impulsar candidaturas con nula militancia o identificación con el partido (desde de la Madrid, Zedillo y Meade como el peor ejemplo con un costo político letal para la vida institucional). Por lo tanto, el descrédito y el alejamiento –a asumir su compromiso real y de fondo con las leyes de orden electoral– tanto de partidos políticos y de la representatividad política son de evidente crisis. También en el PRD existe un ciclo similar por la lucha interna del partido y la *desvandada* de sus mejores *cuadros* a MORENA.

9. *Clientelismo Político*. Es una entropía del sistema democrático y que está por encima de todo aspecto legal, es decir, lo rebasa y rebasa al derecho, así como al más elemental principio de libertad política, pues “supone que el ciudadano otorga su voto al patrón, a cambio de bienes materiales presentes o promesas de bienes en el futuro” (Carrillo, 2006, p. 9). Esto vendría a ser una agravante al sistema de partidos, que menosprecia la esencia teleológica de esa libertad política, y en ese tenor, la insatisfactoria necesidad de ejercer realmente el derecho de sufragio de forma consiente, por parte del ciudadano común. Esta práctica –el clientelismo político– pareciera que con la caída del PRI de la presidencia de la República había dictado su funeral: el PRD y el mismo PAN la practican persiguiendo políticas paternalistas y una mayor o menor rentabilidad política. Hoy el clientelismo político ha venido a la baja, aun en el PRI, cuando antes era –incluso desde tiempo atrás– una de las principales estrategias de control político de algunos sectores (Dabène, 1997, pp. 31-32).

La relación entre cliente-elector-ciudadano y el patrón-candidato-partido se da en un contexto simbiótico de dependencia y legitimación dentro de un proceso político, lo cual se resume en un factor de orientación política y electoral del voto y de las preferencias de los ciudadanos. Esto contrasta evidentemente con la esencia de los partidos políticos primigenios en el génesis del Estado de Derecho.

10. *Seguridad Pública*. Es una realidad que en México uno de los males que se padecen lo es la inseguridad pública, ya por el rol del narcotráfico y toda una serie de delitos cometidos por la llamada *delincuencia organizada*, que ha llevado a la población al descrédito de las instancias de seguridad policíacas –de cualquier orden o nivel–. Incluso, esta inseguridad ha resultado a contrasentido, pues hasta a los mismos elementos de seguridad han caído ante la confusión que la sociedad ha padecido, producto de esa misma inseguridad en las calles, negocios y demás lugares donde la delincuencia se ha posicionado, en detrimento de la crisis que padece la autoridad guardiana del orden: la “crisis de autoridad apunta a una erosión de los fundamentos del Estado, primero en la desobediencia a la persona en la que recae la autoridad y símbolos, para pasar a cuestionar después sus instituciones y las leyes que lo soportan.

“Una crisis de autoridad puede ser superada con la modificación de las prácticas de algunas de las personas en las cuales recae la función pública y que no cumplen con esta” (Mora y Rodríguez, 2006, p. 11, cursivas nuestras), es decir, en los elementos corruptos. La crisis del Estado de Derecho implicará el cambio en su conjunto de “su arquitectura (sic) institucional y constitucional”; por lo tanto, la crisis del Estado de derecho necesita “una reforma profunda de las bases institucionales y constitucionales” (Mora y Rodríguez, 2006).

11. *Sistema Económico*. Es evidente el cambio que ha sufrido la economía nacional y su enfoque cada vez más apegado a las necesidades y exigencias de los mercados foráneos. La globalización o mundialización ha creado los esquemas de comunitarismo, o bien de un perfil tendiente hacia el cosmopolitismo. Este último, es el vaso comunicante con la transformación del Estado de Derecho hacia el Estado Comunitario, donde lo más importante no es precisamente las necesidades jurídicas, ni el sistema judicial, ni menos aún los principios del liberalismo político y social. Más bien, se enfoca hacia los conceptos más ortodoxos del liberalismo económico y el argot de la *aldea global*. El *Consenso de Washington* ha sido el esquema paradigmático de este perfil económico de las naciones que desean estar en el nuevo orden internacional, al menos así se dejó en claro para Latinoamérica.

LA TENDENCIA DEL ESTADO DE DERECHO HACIA EL MERCADO

Por lo tanto, *nuestro mortuario* Estado de Derecho ha padecido el golpe mortal de la liberalización financiera, la cual se tradujo “en gran entrada de capitales y en mayores niveles de endeudamiento externo a corto plazo del sector privado, (esto) acentuó la apreciación (de nuestra moneda...) y dinamizó” (Huerta, 1998: XII), así como nuestro mercado bursátil, con una sobrevalorización de los instrumentos de deuda internacionales y financieros. Ante estos embates durante Zedillo, por eso se dieron los *cortos* y los *blindajes financieros*, que no es más que el reflejo de la garantía ante las grandes corredurías internacionales, de que los bajos niveles de confianza en las inversiones deberían desaparecer, para dar paso a la bonanza. De entrada este mecanismo fue muy bien aceptado –por el gobierno en turno– al grado de que incluso se habla del *superpeso revalorado* en los mercados cambiarios internacionales más importantes de occidente. Esto se ha resumido por el lado económico en que se implementen un conjunto de políticas de ajuste en el presupuesto y paquetes de iniciativas financieras enviadas al Congreso para que se dé mayor autonomía a los organismos encargados de velar por la cuestión económica y financiera del país: Banxico (Banco de México) y la Comisión Bancaria y de Valores (Huerta, 1998: XVI).

El Estado de Derecho, desde esta óptica ha ido feneciendo, desde el sexenio de José López-Portillo, para quedar simplemente como lo que le dio vida, un *Estado Nación*, contemplando al Derecho como un elemento más, pero ya no el prioritario. Al término de la segunda Guerra Mundial, el país estuvo a merced de los intereses de *Breton Woods* y con el paso del tiempo, ahora de los organismos internacionales financieros (las corredurías, los grandes corporativos, las sociedades holdings, el

comercio internacional y las zonas comerciales en el mundo, entre otros), así como de las principales potencias financieras de occidente y Estados Unidos. El Estado *Benefactor* o *Providencia* (*Welfare State* keynesiano) dejó más secuelas letales que el sistema actual, aunque tuvo sus logros sociales. Lo que nos llama a desencanto es precisamente la cuestión de que el sistema jurídico, que debiera ser la columna vertebral del Estado, ha quedado *invalidado* y se remite a una simple herramienta de las necesidades e intereses de los grupos financieros y políticos enquistados en el poder; así como a posiciones políticas que toman las principales decisiones, sobrepasando y rebasando los ideales que dieron origen al Estado de Derecho visto desde los clásicos del liberalismo político.

Hoy a varios años de distancia, la idea de un Estado Comunitario ha obedecido a necesidades económico-financieras y ya no más a las que demanda la sociedad en materia de un orden jurídico; es decir, que desde hace más de veinte años, el *Derecho* dejó de ser la columna versátil y flexible adecuada a los cambios y/o evolución del ente social, y aun del Estado y gobiernos mismos. Eso ha quedado atrás, para dar paso a los intereses del mercado y de la economía en general y en específico a los mercados financieros y corporativos: economía-mercado por derecho-ámbito sociopolítico. El Estado Comunitario (uno de los fines últimos del *Derecho comunitario*) debe ser el garante y consecuencia de un paz entre los países comunitarios; unidad como fin último y en todos los aspectos; el imperio de la igualdad; el logro de una serie de libertades fundamentales; la solidaridad como un principio básico; y la seguridad económica y social (Borchardt, 1986, pp. 13-15).

Decimos que el Estado de Derecho ya está en desuso, más no el derecho en sí y como tal, pues es el *summum* que da forma al Estado Comunitario, es decir, es su fuente; empero, son los *Tratados* –comerciales sobre todo– los *constituyentes como derecho primario comunitario* (Borchardt, 1986, p. 30), y como prueba lo fue la Unión Europea (primeramente como Comunidad Europea); y para en el caso mexicano han quedado de referente los proyectos del ALCA (Área de Libre Comercio de América), el cual contaba hasta con una moneda única (el *Amero*) en los años noventa del siglo XX y principios del presente siglo. O el MERCOSUR (Mercado Común del Sur), donde en 1991 se formó una zona comercial a través de tratados internacionales entre Argentina, Brasil, Paraguay, Venezuela y Uruguay, con la finalidad de una integración comercial, económica y arancelaria (Rezzoagli, 2009, pp. 180-181).

El esquema comunitario, o cosmopolita, está consolidándose y es evidente el momento en que se encuentra México, en un *estado de transición a la mexicana*, entre un Estado Globalizado –ya no de Derecho– a un Estado Comunitario puro, como se describe en el cuadro 1.

Cuadro 1. Etapas de transición del Estado de Derecho al Estado Comunitario



Fuente: Elaboración propia.

El Estado de Derecho *jurídicamente* –valga la expresión–, concentra su poder en la determinación de preceptos legales, los cuales no se pueden aceptar de los gobernados acciones u omisiones que estén fuera de dichas premisas, es decir, que no tengan como “fundamento (...) la existencia de una norma jurídica preestablecida”; así teniendo que la supremacía del Estado de Derecho radica en la jerarquía hegemónica de la Constitución, por lo que también el Estado es denominado Constitucional (Pina y Pina Vara, 1998, p. 261).

En este sentido, el Estado de Derecho sienta su fundamentalización en la *Norma Jurídica Suprema*, que para este caso lo es la Constitución Política, por lo que todos los actos y omisiones –como lo citábamos con antelación– deben estar revestidos de legalidad para de esa forma legitimar a las instituciones y/o individuos dentro de un marco legal, sean estos individuos públicos o privados.⁴

El Estado de Derecho es producto del liberalismo, limitando el poder y las funciones del poder mismo; debe considerar los mecanismos constitucionales (si se toma en consideración que la Constitución ha sido constantemente reformada), lo cual concrete esa limitación de exceso de poder público (Peña García, 1996, p.49). Desde nuestra óptica, esto ya está en desuso, como la praxis histórica nacional lo demuestra. Es más que evidente que el derecho ni siquiera es contemplado como un factor mediático dentro de las posibilidades sino como los medios para el éxito, y que en nuestro caso ha prohibido –como resultado de una excesiva actividad legislativa, traducida en muchas leyes en *circulación*– desorden más que combatirlo y el surgimiento de una mayor complejidad en la *violentación* de la norma jurídica desde la misma Constitución Política, a veces para intereses copulares o de ciertos grupos minoritarios. Por otro lado, de un sistema *jusnaturalista* se transitó con los Estados Nación, a un *juspositivismo* –al menos en varias partes del mundo de influencia jurídica grecorromana–, que ahora se ha trastocado en un *realismo-sociológico* y menos aún en *jusmarxismo*.

EL TRÁNSITO ECONÓMICO HACIA EL ESTADO COMUNITARIO

El Estado Mexicano ha ido de más a menos, en el sentido de que legalmente se ha depuesto la supremacía política del derecho a favor de las necesidades e intereses fuertemente representados, por un capitalismo –tardío o no– a ultranza. Pero esto no es exclusivo de nosotros, es un fenómeno mundial, global, ya que desde la caída del Muro de Berlín y lo que ello implicó –aunque desde años anteriores a ello ya se perfilaba esta tendencia– que los “equilibrios de poder mundial parecen sometidos a su mayor cambio”, ya que lo imposible (de la Guerra Fría) se hizo factible, pues Rusia (tras la caída del socialismo, secuela de la *Glasnost* y la *Perestroika* de Gorbachov) buscó el acercamiento político y económico con Francia y Alemania para contener el avance estadounidense; por otro lado, la Unión Europea busca ventajas económicas para la comunidad y ello engulle a la misma.

⁴ En este sentido, desde la época de Fernando Lasalle, los factores reales de poder –como elementos materiales– son los responsables desde una objetividad de manifestar y representar en la Constitución los intereses y las preeminencias respectivas, lo cual derrumba la idea de que la Constitución es un cuerpo ordenado de normas jurídicas que determinan la esencia del Estado, su fin, sus acciones, su estructura y organización; así como los sustratos legales tendientes hacia los gobernados (cfr., *¿Qué es una Constitución?*, de este autor, en ediciones varias).

Un parteaguas, por el lado de *extremo occidente*, fue el autogolpe (en realidad fue *Coup de Théâtre*) que orquestó la cúpula del poder en Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001,⁵ pues remontó la hegemonía mundial de su supremacía (y el reposicionamiento en los *momios* de popularidad a George Bush II), que se volcó nuevamente en dos sentidos: a) *Político*, con un resultado hacia el exterior en contra del *enemigo* a vencer, el *terrorismo musulmán* (en un estudio realizado hemos encontrado que el terrorismo no sólo se da en el Islam sino que existen también organizaciones terroristas israelíes, británicas y desde luego norteamericanas, lo cual demuestra que el terrorismo como arma, da como resultado el *terrorismo de Estado*, que es peor que el terrorismo por una causa),⁶ justificando su poderío militar teniendo al mundo entero como su zona de influencia, y con ello tener un mayor control de éste y sus respectivas regiones (que incluyen Latinoamérica); y, b) *Económico*, contemplado en un bloque que establezca nuevas rutas y directrices enroladas en la esencia financiera, ya no corporativa sino a favor de *megaconglomerados*.

El factor *legal* ha venido en detrimento precisamente por esos dos ejes —el político y económico— y allí tenemos otro ejemplo más, dentro del mismo bloque hegemónico europeo: los franceses dijeron “No” a la aprobación en su territorio de la Constitución Europea, en 2006, y que fue una herencia al nuevo mandatario galo. Sin embargo, en el mismo caso de Francia, su vida constitucional ha deparado cambios radicales, que han colocado a la V República al borde de desear el pueblo galo el cambio de su Carta Magna o de su sistema presidencial, en lo general, y en especial del presidente; así mismo, demostró el sistema constitucional una vez más con sus reformas la “sumisión del poder político a los intereses económicos y financieros mundiales” (Bellon, 2007, pp. 24-25). Otro ejemplo más, lo encontramos en la *variabilidad categórica* de la *gobernabilidad* (Roldán, 2006, p. 173; Vitale, pp. 103-104) que se asienta en acciones legalmente reconocidas como legítimas, precisamente por estar ligadas a las normas legales preconstituidas, y que el devenir político-administrativo de los Estados de *derecho* (con de minúscula) de la categorización que se ha asumido con la *gobernanza*.

Esta categoría surge evidentemente de la crisis estatal, la cual describe e interpreta una realidad política, económica y administrativa de los Estados Nacionales, ya no de derecho, y con esto volvemos a replantear la categoría de Estado de derecho. Así, las secuelas del casi extinto Estado de derecho han sido la “democratización del régimen, liberalización de la economía y la Reforma del Estado” como estrategias que se han planteado como las más idóneas en las naciones para ir superando sus crisis políticas y económicas. La Unión Europea, como *Estado Comunitario* pretende la construcción de una sociedad civil europea, lo cual indicaría que uno de los postulados de este prototipo persigue una alternativa social de integración (Sánchez González, 2006, p. 325). Nuestro Derecho Positivo ha acumulado una totalidad de leyes que incluso en su momento sólo atendieron a coyunturas, que hoy en día esas condiciones han quedado propasadas. Las leyes hoy más que nunca, sirven a los intereses copulares y/o en particular de algunos grupos específicos y con ello se lesionan o favorecen intereses o cotos de poder.

⁵ Extremo Occidente en el sentido que ya la vieja Europa era considera como Occidente y hay el calificativo de que desde el Sinaí hasta Irak esa zona de Asia Menor es el Medio Oriente (e incluso se habla de Extremo Oriente con Japón a la cabeza), vale aquella nomenclatura nuestra para hablar de toda América, incluyéndonos (Calderón Romo, 2003, pp. 5, 8, 9-10).

⁶ Cfr., Téllez Cuevas, R. (2010), Conflicto árabe-israelí y terrorismo: el islam en la política internacional, *Revista Espacios Públicos*, 13 (27), Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, pp. 165-186.

LA POLÍTICA ECONÓMICA MEXICANA APUNTALADA POR EL CONSENSO DE WASHINGTON

El presidencialismo de Salinas fue –podríamos decirlo así– el último apegado al perfil que algún día nos reportara don Daniel Cosío Villegas. El poder ejecutivo zedillista (muy contradictorio al fin) decayó en un anacronismo y su actitud de “cortarse el dedo” –en clara alusión a la práctica del *dedazo*–, no denotó más que una lectura tendiente a lo que se avecinaba: la negociación y traición –al PRI, desde luego, así lo vieron los militantes reales– de la primera magistratura con el PAN y con la pérdida de la presidencia. Pareciera que el equilibrio del poder se dio en franca situación; empero, no fue más que una parafernalia, que al menos aún se notó en el mandato de Zedillo. Hoy –y volviendo al punto– de qué sirve en la realidad práctica la división de poderes, si desde 1995 en que se dio el *Golpe de Estado Técnico* por parte del presidente de la República a la Suprema Corte de Justicia;⁷ o donde hoy se amalgama el voto y el derecho al sufragio democráticamente; el federalismo ha sido transterrado por un centralismo materializado en actos eminentemente potestativos del sistema presidencialista; o cuando la lucha en contra del *crimen organizado* es una panacea. Aunque se especula que el Congreso ha realizado su actividad real: ser el contrapeso al menos de algunas determinaciones gubernamentales del ejecutivo y recordamos las negativas del Congreso para que Vicente Fox saliera del país en giras de *Estado*.

Y todo ello desde el ámbito netamente interno del enfoque presidencialista. Con Zedillo el presidencialismo decayó y se autodefinió con el hecho de que “la línea es de que no hay línea”: “En realidad, es posible que un liderazgo moderno, esto es, ni en extremo fuerte ni en extremo débil, sea el perfil requerido para un mejor funcionamiento del sistema” (Sáenz, 2006, p. 43), y en este sentido, el presidente Zedillo fue el reflejo de un *presidencialismo atenuado o debilitado*. Ya para lo última década del siglo XX, el mercado financiero y económico había llegado para quedarse y suplir la esencia misma del fin del Estado de Derecho, y dando paso las medidas que van a estructurar el modelo económico a darle tintes y soporte político desde la misma cúpula del poder político, no sólo en México sino también –y más aún– en la Casa Blanca.

El *Consenso de Washington* fue un plan de integración de las naciones latinoamericanas, relativas a la materia hacendaria y fiscal; así como la protección de políticas económicas ortodoxas y la consolidación democrática de esas naciones. Entiéndase como consolidación democrática, a los gobiernos de esos países apegados al adoctrinamiento y aceptación misma del Consenso. También se le apostó a la dominación comercial basada en la liberación cambiaria; la interdependencia financiera fue la idea de economías emergentes, lo cual obliga a depender de las diferentes economías con mayor posicionamiento financiero (por eso se dieron, en su momento, los efectos *Samba*, *Tequila* y *Dragón* –así referidos de forma coloquial– en

⁷ “Apenas daba inicio el ejercicio gubernamental del entonces presidente Ernesto Zedillo, cuando se dejó sentir una vez más con una gran fuerza, la injerencia del Poder Ejecutivo sobre el poder judicial (sic), a través de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1994. Con la reforma antes aludida, el ejecutivo ordenó la conclusión de las funciones de los Ministros de la Corte (...) a partir de la fecha en que entra en vigor el decreto de reforma, esto es, los Ministros de la Corte concluyeron sus funciones el primero de enero de 1995, reforma Constitucional que quedó para la historia, y para vergüenza de las Instituciones, se había asestado un golpe bajo al poder judicial, dejando una huella de ignominia para los mexicanos”, *vid* de la Rosa Jiménez, Carlos (2007), *Lo cíclico de la historia. Un ensayo sobre el poder en México*, Taller de Litografía de O. M. M., México, pp. 78-79.

el mundo de las bolsas de valores de Brasil, México y sureste asiático), que golpearon a dichas economías emergentes y a sus socios comerciales de menor potencial financiero. “El Consenso trajo aparejado un nuevo modelo económico de desarrollo ejemplificado en la difusión e imposición de reglas económicas paralelas y uniformes por parte de los organismos internacionales financieros” (Dabène, 1997, pp. 271-273). De forma reiterada, diremos que no sólo el Consenso fue determinante, también lo fueron una *Reforma Económica* del Estado desde el ámbito estructural e ideológico, donde prevalece el modelo neoliberal de la Escuela de Manchester (Téllez Cuevas, 2010).

En el Estado de “Derecho” mexicano imperaron más medidas económicas –con mayor cobertura– desde los mandatos de De la Madrid, Salinas, Zedillo Fox, Calderón y el mismo Peña y no tiene visos de cambiar el rumbo, como lo comentaba ya desde los años 90 del siglo pasado Debène:

Sur quoi porte le consensus de Washington? Essentiellement sur la nécessité de mettre en oeuvre une série de dix réformes: discipline fiscale, rigueur dans les dépenses publiques, réforme fiscale, libéralisation financière, unification des taux de change, libéralisation commerciale, investissement étranger direct, privatisation, dérégulation et respect de la propriété privée⁸ (1997, p. 275).

Como se aprecia el Consenso denota un liberalismo económico puro o neoliberalismo propio de la Escuela de Manchester (Téllez Cuevas, 2010, pp. 178-182), como se le conoce también, en contra del sistema jurídico, y que lo más axiomático es que los mandatos de las últimas dos décadas y media son vivo reflejo de este *recetario financiero y económico* a la medida. Aun hoy en día los parámetros para el Presupuesto y el Gasto Público de México están regidos por estas medidas ortodoxas.

El mismo ingreso de México a lo que se llamó el GATT (Acuerdo General de Aranceles y Tarifas) con de la Madrid y más tarde con el TLC (*adhesión* al Tratado de Libre Comercio con Canadá y Estados Unidos) en tiempos del presidente Salinas, fueron un golpe más a la columna jurídica, esencia misma del Estado Moderno mexicano, remitiéndolo a simple *herramienta* práctica al derecho por debajo de la economía nacional e internacional; así –lamentablemente– se puso de hinojos al derecho frente a las finanzas internacionales de esa famosa *aldea global*. Y hoy en pleno 2018, el comercio internacional va avanzando a pasos agigantados y donde el Estado Mexicano se va modelando hacia un escaparate comercial internacional más dentro de un mercado mundial, por tan sólo mencionar dos potencias es ese sentido con las cuales tenemos mayor flujo comercial, China y Estados Unidos (Guzmán, 2018, pp. 34-35).

Lo anterior nos lleva a pensar en el ya multicitado *Consenso de Washington*, donde se desregula el orden jurídico como el hasta entonces supremo, para dar paso a las cuestiones más de peso específico y cuantitativas, creando también con ello la ineficacia del derecho al interior de las naciones, sobre todo en políticas muy bien definidas: seguridad pública, combate a la delincuencia (que ya se ha superado a sí misma, ahora es organizada en redes debidamente fijadas territorialmente), política social a la baja, desinterés en una política educativa y cultural con sentido social, falta de interés en la investigación (la existente sumamente *fiscalizada* en paráme-

⁸ “¿Sobre cuál es la entrada al Consenso de Washington? Esencialmente sobre la necesidad poner en obra una serie de diez reformas: disciplina fiscal, regulación rigurosa dentro de las dependencias públicas, reforma fiscal, liberación financiera, unificación de las tasas de cambio, liberación comercial, inversión extranjera directa, privatización, desregulación y respeto a la propiedad privada”.

tros a la mexicana en nuestro caso de *certificabilidad*, la cual se ha vendido como la panacea en éste y otros rubros); ausencia de una adecuada política en materia de tecnología y comunicaciones, y en resumen: una absoluta crisis de credibilidad en la mayoría de las instituciones y organizaciones, tanto públicas como privadas, a pesar del invento de las empresas *socialmente responsables* para el último caso (Velázquez y Cruz, 2017).

En ese sentido, el Estado Comunitario en eclosión ya se adecua a lo que ha manifestado Soros, estamos inmersos en una *sociedad abierta global*: “Vivimos en una economía global, pero la organización política de nuestra sociedad global es deplorablemente insuficiente. La economía global se caracteriza no sólo por el libre comercio de bienes y servicios, sino más aun por la libre circulación de capitales”, disfrutando así, “el capital financiero (...) de una posición privilegiada”, por lo que el desarrollo económico global no coincide con el de la sociedad, por lo que la “unidad básica de la vida política y social sigue siendo el estado-nación (sic). El Derecho Internacional y las instituciones internacionales en la medida en que existen, carecen de la fuerza necesaria para impedir la guerra o los abusos en gran escala contra los derechos humanos en algunos países” y de ahí la fuerza exógena el derecho es incapaz de apuntalar la supremacía endógena de su símil nacional. Hoy en día se apuesta a los mercados financieros y no a la eficacia-eficiencia del derecho, ya que “están en gran parte fuera del control de las autoridades nacionales o internacionales” (Soros, 1999, pp. 21-22).

Este *fundamentalismo* de mercado ha venido a desplazar en esencia –incluso– a la política como actividad prioritaria del Estado Nación, la cual ha replegado su papel a ser simple guardián de todos y cada uno de los factores económicos nacionales e internacionales. Es más, este mismo absolutismo del capitalismo a ultranza ya hoy en día se está viendo rebasado o al menos aparejado en un paralelismo con los intereses comunitarios de los Estados Supranacionales. Esta categoría, las de los Estados Supranacionales o Comunitarios, en esencia no es nueva, ya que en el Derecho Internacional se manejó la categoría de Federaciones de Estados para explicar el fenómeno de la ex Unión Soviética. Hoy para visualizar el estudio de las comunidades como la Unión Europea, paradigma mismo del Estado Comunitario, que bien es cierto aún carece de elementos fácticos para su total consagración como esquema o modelo exportable.

CONFORMACIÓN DEL ESTADO Y DERECHO COMUNITARIOS

El Estado Comunitario aún está perfeccionándose, al grado de que algunas políticas han sido rechazadas por el prototipo –la Unión Europea–, y en particular por algunos de sus miembros. El enfoque real del Estado Comunitario atiende a una realidad más objetiva y podemos decir en ese tenor que el sustrato es evidentemente la libertad económica y financiera, pero también debemos de hablar de un *Derecho Comunitario*. Bajo este esquema, las naciones y sistemas jurídicos que se incluyen en él, han tenido una polémica transición y que muchas veces va en contra de sus intereses nacionales o nacionalistas. Ejemplificábamos con la negativa de los franceses de no aceptar la Constitución comunitaria para la Unión Europea, que desde luego no ocasionaría en general desórdenes; sin embargo, la negativa fue casi generalizada por obediencia a descensos internos. Ahora bien, el Estado Comunitario es esencialmente un reflejo de la depuración de la globalización, la cual pareciera que ha sido rebasada, empero, simple y paulatinamente se han ido reacomodando los factores y actores, que aunados a los elementos que la constituyeron, para consoli-

darla dentro de un marco complejo –lo cual no ha permitido esa cohesión inmediata– de lenguas, idiosincrasias, desregulaciones económicas y un interminable etc. Por eso, los elementos que caracterizan al aun neófito Estado Comunitario pueden ser los siguientes –tomando en cuenta la experiencia europea, que sería hasta este momento la única:

1. Cosmopolitismo. En este sentido consideramos que los adelantos y cambios en el comportamiento de la organización estatal, no sólo debe concebirse como algo local, regional, estatal o internacional, sino integral, cosmopolita obviando esas fronteras.
2. Intergubernamentalismo.
3. Supranacionalidad.
4. Libre tránsito de mercancías y personas. Fortalecimiento de la economía mundial y por ende depuración de la globalización hacia un dinamismo basado en la conglomeración de los esquemas financieros más autorreguladores de la economía regional y/o comunitaria hacia la competencia externa, en el mercado foráneo.
5. Libertad laboral.
6. Seguridad judicial intergubernamental.
7. Nueva conceptualización estatal: el Estado Comunitario es una mega Organización.
8. Competitividad regional hacia el resto del mundo en áreas económica, financiera, política, cultural, educativa, tecnológica, científica, ecológica, de sustentabilidad, corporativa, de diversificación de mercados, cibernética, de gestión gubernamental, entre otras.
9. Política comparada.
10. Integración con una mayor participación electoral progresiva, reelaborando un nuevo esquema democratizador, ya no cimentado en populismos de antaño.
11. Sistema de solidaridad intergubernamental e internacional.
12. Reestructuración y nuevo enfoque del Estado Nacional hacia un Estado de Naciones y Comunidades.
13. Ciudadanización, con la garantía de permanencia jurídica de la nacionalidad.
14. Unidad y unificación del patrón monetario (aunque la Gran Bretaña es la excepción, en un alarde del caído por no perder su hegemonía de moneda *dura* en el mercado de intercambio monetario).
15. Constitucionalismo Internacional (el ejemplo lo es la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza en 2005) Comunitario.
16. Refundación de un Estado de *Derecho Europeo*.

17. Representatividad unitaria jurídica a nivel internacional.
18. Se trastoca el Estado de derecho, por el hecho de que aquél *proclamó los derechos libertarios* y ahora se reconocen y protegen nuevos derechos.
19. El Estado de derecho deberá ahora atender a los derechos sociales y organizacionales de integración mundial, con una cosmovisión tendiente hacia nuevos derechos individuales, que van desde los *Derechos Civiles* (los de propiedad, libertad, de igualdad y demás), los *Derechos Económico-Sociales* (los ya conocidos como pensiones, sindicales, de salud, de instrucción) y los *Nuevos Derechos* (de género, de igualdad de movimientos emergentes de las *revoluciones rosa y verde*, aborto, eutanasia, manipulación genética en alimentos y humana, entre los más comunes). Como vemos los dos primeros ya conocidos e institucionalizados por el decadente Estado de derecho, y fijados los últimos como la esencia del Derecho Comunitario; así como los problemas del cambio ecológico y en especial de ciertos productos como el petróleo, como fuente del desgaste en ese rubro.
20. Integración política de las etnias y/o regiones en proceso de secesión territorial (Bartolini, 2005, pp. 54-55, 57, 59-60; Séréni, 2007, p. 1; Zolo, 2005, pp. 63-64, 66-69).
21. El Estado comunitario tiende a fortalecer una justicia liberal, basada en la reintegración no sólo gramatical sino política y económica de la categoría Nación, es decir, que verbigracia la Unión Europea, como Estado Comunitario es asociada a la calidad de Nación Europea.
22. Existe un objetivo político-jurídico: la *nacionalización de los Estados*, y las *naciones minoritarias*, que forman parte de esa integración que representa el Estado Comunitario, lo cual retomaría a las *instituciones* transnacionales.
23. La recategorización de la soberanía misma de ese Estado Comunitario, ya que la diversidad étnica, política e ideológica debe estar centrada a mitigarse, ya que el Estado Comunitario busca ser una alternativa tendiente a superar al Estado Globalizado, como aparente sucesor –este último– de los restos del Estado de Derecho.
24. La posibilidad de estatuir una política de idioma oficial (Kymlicka y Christine, pp. 37-38, 47-49, 61-62, 95).

Como vemos, no es tan fácil a la hora de operar los cambios en la materialización de los mismos; por lo tanto, paulatinamente el Estado de Derecho ha ido perdiendo fuerza, condicionando los esquemas para que se de esa transición hacia el Estado Comunitario, sostenida por varios factores, entre los cuales se ubican como puentes comunicantes entre aquél y este al Estado Nación y al Estado Globalizado.

CONCLUSIONES

1. El desgaste del Estado de Derecho en el mundo y en México en particular, es una característica fehaciente de la crisis y descomposición del mismo. Hoy,

los Estados de Derecho se han replegado más a la idea primigenia de ser más Estados Nacionales que de derecho, menguando con ello la participación clave de los sistemas jurídico y judicial de cada país.

2. La crisis ha venido evolucionando y una subsecuente y hasta paralela disposición hacia ella lo es la economía pujante, que no encuentra –la crisis– soluciones jurídicas y menos aún judiciales. Simplemente, se ha perdido la visión y misión del derecho como columna de todas las acciones gubernamentales, para dejarle el paso franco a los intereses económico-financieros y políticos de grupos nacionales –los menos– e internacionales, en una incompetencia por parte de los órganos de gobierno en dar respuestas de solución efectiva.
3. El derecho se ha –digamos– que burocratizado, pues sus márgenes de eficiencia se quedan en simples estadísticas de eficacia, que demuestra la falta de autoridad real y descrédito de las instituciones que deben imponer el orden legal. Este descrédito va en todos los sentidos y es generalizado.
4. Lo que una vez fue el Estado de Derecho, ha quedado supeditado a una reintegración de las normas legales hacia los aspectos y condiciones económicas y políticas propias de una depurada globalización; lo cual nos permite, moderadamente que los gobiernos para *legitimar* sus actuar político, que pasemos a un Estado con un derecho atenuado, como vaso comunicante con las variantes económica y política, y por eso pasamos *latu sensu* de un Estado de Derecho –con mayúscula– a un *strictu sensu* a un Estado de derecho –con minúscula–, como sustantividad del nuevo criterio operativo del Estado Comunitario.
5. En el caso de México, vivimos en una transición desfasada, que axiológicamente se trasluce del Estado de Derecho que se retrotrae hacia el más esquema puro del Estado Nacional o Estado Nación. Así, que sumado a él, tenemos una depurada globalización en pos del Estado Comunitario, como aspecto ontológico de esa transición jurídico-política-económica de reintegración estatal.
6. El Estado de Derecho, no sólo en México, sino en gran parte del mundo ha venido decayendo y se ha divergido de los principios que le dieron eficacia jurídica. Cada vez que la globalización avanza –como fase intermedia–, mengua el Estado de derecho dándole paso al Estado Comunitario. Las sociedades contemporáneas, como organizaciones, se encuentran estructurando cada día un *réquiem* por los despojos del Estado de derecho y en ese sentido en nuestro país la pitorreada *Reforma Política del Estado*, obedece más a variables económicas y políticas –en ese orden–, que a la esencia axiológica del Derecho y su desvencijado sistema jurídico nacional.

REFERENCIAS

1. Bartolini, S. (2005). El Estado Nacional y la Integración Europea. *Meta-política*, (43), septiembre-octubre, México.

2. Bellon, A. (2007). Changer de président ou changer de Constitution? *Le Monde Diplomatique*. París: Mars.
3. Benejam, M. A. (1993). El Proyecto Hegemónico de Estados Unidos y la Cuenca del Pacífico. *Comercio Exterior*, México.
4. Borchardt, K. D. (1986). *El ABC del Derecho Comunitario*, Documentación Europea, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo.
5. Bobbio, N. (2001). *Derecha e Izquierda*. México: Punto de Lectura.
6. Bravo Ahuja, M., Sirvent, C. (1987). La Élite Política en México. En Germán Pérez y Samuel León (coords.), *17 Ángulos de un sexenio*. México: Plaza y Valdés.
7. Calderón Romo, G. (2003). Palomar. Vida Pública. Hechos. *Nexos*, (305), mayo, México.
8. Cárdenas Gracia, J. (1996). Partidos Políticos y Democracia. *Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*, (8), México: IFE.
9. Carrillo, M. M. (2006). El Clientelismo y la Orientación del Voto en la Alternancia: el Caso de los Municipios de México (1989-1997). *El Cotidiano*, (138), julio-agosto, UAM-Azcapotzalco, México.
10. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), Viena, 23 de mayo de 1969. Recuperado de https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/conven-cion_viena.pdf.
11. Dabène, O. (1997). *La Région Amérique Latine. Interdépendance et Chagement Politique*. París: Presses de Sciences Po.
12. Dahl, R. A (1988). *Reflexiones sobre la Democracia Contemporánea*. México: Facultad de Ciencias Políticas y Sociales-Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, A. C.
13. Fukuyama, F. (1992). *El fin de la Historia y el último hombre*. México: Planeta.
14. Gros Spiell, H. (1996). El Nuevo Orden Económico. En *Derecho Económico Internacional*, México.
15. Guerrero, S. (2018). *Derecho Internacional Público. Tratados*. México: UNAM.
16. Guzmán, S. (2018). Transformaciones estructurales del comercio internacional de México, 2003-2017, en *IV Congreso Internacional de Economía*, celebrado del 4 al 6 de septiembre en la Facultad de Estudios Profesionales Aragón de la UNAM, Nezahualcóyotl, México.

17. Hernández Villalobos, L. L. (2004). Los tratados internacionales como base de la diplomacia mundial. *Revista de Derecho*, (22), Universidad del Norte Barranquilla, Colombia, pp. 65-95.
18. Huerta, A. (1998). *La Globalización, Causa de la Crisis Asiática y mexicana*. México: Diana.
19. Kymlicka, H. y Straehle, C. (s/f). *Cosmopolitismo, Estado-Nación y Nacionalismo de las Minorías. Un Análisis Crítico de la Literatura Reciente*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
20. Lozano, L. (1993). Globalización y Regionalización en la Economía Internacional. *Relaciones Internacionales*, (59), México: Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM.
21. Merino, M. (1995). Tres Hipótesis sobre la Transición Política Mexicana, *Nexos*, (208), abril, México.
22. *La Carpeta Púrpura* (1996). México: en Depresión Económica. El Caso del Neoliberalismo, *La Carpeta Púrpura*, (211), 29 de marzo, México.
23. Martínez Aguilar, N. (2009). Actualidad del Artículo 1904.15 del Tratado de Libre Comercio del Norte y su anexo. Reformas a las disposiciones jurídicas internas. Lista de México. En Ruperto Patiño Manfer y Alma Ríos Ruiz (coord.). *Régimen de Comercio Exterior*. Temas de actualidad. México: Facultad de Derecho, UNAM-Porrúa.
24. Millán Bojalil, J. (1993). La Cuenca del Pacífico: Mito o Realidad, *Comercio Exterior*, México.
25. Mills, C. W. (1987). *La Élite del Poder*. México: Fondo de Cultura Económica.
26. Mora, J., Rodríguez, R. (2006). *Los Linchamientos en México*. México: UAM Azcapotzalco-Ediciones Gráficas Eón-Gobernación Ciudadana.
27. Ortiz Martínez, G. (1994). *La Reforma Financiera y la Desincorporación Bancaria*. México: Fondo de Cultura Económica.
28. Peña García, R. M. (1996). La Nueva Ética Global, la Reforma del Estado en México y la Integración Regional, *Quórum*, (43), junio, México.
29. Pina, Rabel de y Rafael de Pina Vara (1998). *Diccionario de Derecho*. México: Porrúa.
30. Trípticos de Divulgación de la Cultura (s/f). ¿Qué es la Libertad Política?, *Democrática*, (5), México: Instituto Federal Electoral.

31. Reyes, E. (2015), *35 Años de comercio exterior en México*. México: Global Business University, A. C.
32. Rezzoagli, B. A. (2009). Régimen jurídico del comercio exterior. En Ruperto Patiño Manffer y Alma Ríos Ruiz (coord.). *Régimen de Comercio Exterior. Temas de actualidad*. México: Facultad de Derecho, UNAM-Porrúa.
33. Roldán, L. F. (2006). *Diccionario Irreverente de Política Mexicana*. México: Grijalbo.
34. Rosa Jiménez, C. (2007). *Lo Cíclico de la Historia. Un Ensayo sobre el Poder en México*. México: Organización Masónica Mexicana.
35. Rubio, L. (1994). La Política Mexicana vs. La Economía Global, *Nexos*, (201), septiembre, México.
36. Sáenz, L. (2006). *La Presidencia Moderna. Análisis de una Institución que es Urgente Comprender*. México: Taurus.
37. Sánchez González, J. J. (2006). *Gestión Pública y Governance*. México: IA-PEM.
38. Séréni, Jean-Pierre (2007). Venezuela, Russie, Chine... Les Etats s'emparent de l'arme pétrolière, en *Le Monde Diplomatique*. París: Mars.
39. Soros, G. (1999). *La Crisis del Capitalismo Global*. México: Plaza y Janés.
40. Téllez-Cuevas, R. (2002). Eurolandia, *Espacios Públicos*, (10), Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública, UAEM, Toluca.
41. Téllez-Cuevas, R. (2010). ¿Reforma económica o transformación estructural y sectorial económica del Estado en la visión cosmopolita? *Revista IAPEM*, (75), Instituto de Administración Pública del Estado de México, Toluca.
42. Téllez-Cuevas, R. (2013). *Políticos a la carta. Tipología de la clase política de México y el mundo*. México: UAEM.
43. Urquidi, Víctor L. (coord.) (1996). *México en la Globalización*. México: Fondo de Cultura Económica.
44. Velázquez E. B., Oliverio, C. (coord.). *Crítica a la responsabilidad social*. México: Castellanos editores-Universidad Autónoma del Estado de México.
45. Villamil Rodríguez, J. (1999). Tecnócratas en Crisis. Veinte Años de Promesas, Bucareli Ocho de *El Universal*, (99), 30 de mayo, México.

46. Vitale, E. (s/f). *La 'Constitución' de la Unión Europea. ¿Pruebas de Cosmopolitismo o Nacionalismo por Intersección?* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
47. Zolo, D. (2005). Hacia una Europa de Ciudadanos, *Metapolítica*, (43), septiembre-octubre, México.
48. Zorrilla, S., Silvestre Méndez, J. (1998). *Diccionario de Economía*. México: Ediciones Océano.

Consideraciones en torno al Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024

Considerations about the National Development Plan 2019-2024

ALMA DE LOS ÁNGELES RÍOS RUÍZ*

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo analizar las políticas públicas en el Estado Mexicano a la luz del Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, por ser el documento que refleja la situación actual de nuestro país e identifica los principales problemas y demandas de la sociedad, de ahí se desprende que su estudio busque comprender, tanto los principios y ejes como los objetivos que en él se concentran, para conocer, comprender las acciones y rutas de desarrollo que serán implementadas durante el actual sexenio a través de políticas públicas o acciones de gobierno tendientes a resolver los problemas nacionales que frenan el desarrollo del país con la finalidad de abatir los índices de pobreza, resolver pacíficamente conflictos, fortalecer las fuerzas armadas en materia de seguridad, consolidar la cooperación con los distintos países de las regiones del mundo, contribuir al desarrollo humano sostenible de México, entre otros aspectos.

Palabras clave

Plan Nacional de Desarrollo, Desarrollo Sostenible, Proyecto de Nación, Políticas Públicas, Programas Sociales.

Abstract

The present work aims to analyze public policies in the Mexican state in light of the National Development Plan 2019-2024 for being the document which reflects the current situation of our country and identifies the main problems and demands of society. Its study seeks to understand both the principles, axes, as well as objectives that are within it to know, understand the actions and development routes that will be implemented during the current sexennium through public policies or government actions aimed to solving national problems that slow down the development of the country in order to reduce poverty rates, resolve conflicts peacefully, strengthen the armed forces in terms of security, consolidate cooperation with the different countries of the regions of the world, contribute to the sustainable human development of Mexico, among other aspects.

Key words

National Development Plan, Sustainable Development, Nation Project, Public Policies, Social Programs.



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

*Doctora en Derecho. Profesora de tiempo completo "C", Universidad Nacional Autónoma de México, México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) nivel 1. ORCID <https://orcid.org/0000-0003-3939-0600>. Correo electrónico: alma_rios_r@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

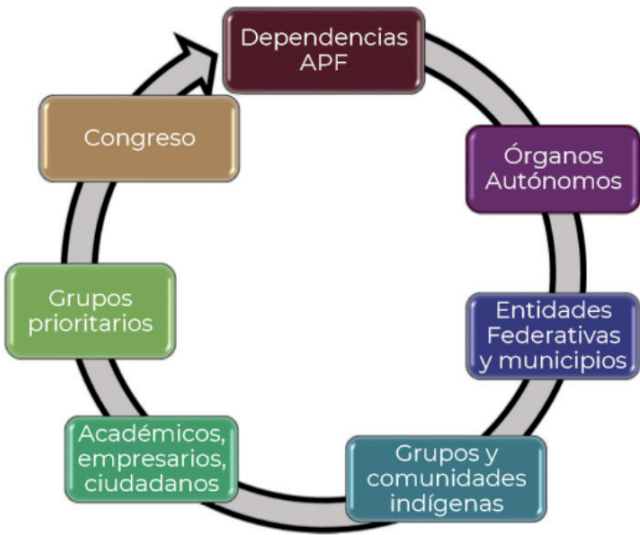
Las políticas públicas vistas como una forma particular de decidir y ejecutar las acciones de gobierno varían de un país a otro dependiendo del sistema político de cada nación, de la tradición jurídica, cultura local, sobre todo de los problemas imperantes que requieren atención para permitir el desarrollo de cada nación; en el caso que nos ocupa del Estado Mexicano, el gobierno de nuestro país planifica sus políticas con base en el Plan Nacional de Desarrollo (PND).

El PND es el documento en donde el Gobierno de México, a través de consultar a la población, explica cuáles son sus objetivos prioritarios durante el sexenio, en este caso para el periodo 2019-2024, su meta es establecer y orientar el trabajo que deberán realizar los servidores públicos los próximos seis años, para lograr el desarrollo del país, el bienestar de los mexicanos y hacer de México un país más próspero, justo e incluyente para todos los ciudadanos (Centro Nacional de Control de Energía, 2019).

La participación social en el marco de la creación del PND tiene por objeto informar y enriquecer la construcción de las políticas públicas para que éstas se encuentren alineadas a los intereses y necesidades de los distintos actores sociales, por ello se permite que las opiniones de las entidades federativas, municipios, grupos, comunidades indígenas, órganos autónomos, grupos prioritarios, académicos, empresarios, ciudadanos, dependencias APF y el Congreso, estén reflejadas en elaboración, actualización, ejecución del plan, así como en los programas derivados del mismo.

La estructura del PND 2019-2024 consta de tres ejes generales que permiten agrupar los problemas públicos identificados a través del Sistema Nacional de Planeación Democrática y tres transversales que corresponden a temas comunes a los problemas públicos identificados, en los primeros se encuentran: 1. Justicia y Estado de Derecho, para promover la construcción de paz, el acercamiento del gobierno a la gente y el fortalecimiento de las instituciones del Estado Mexicano; 2. Bienestar, que busca asegurar que toda la población tenga acceso a una vivienda digna, promoviendo el pleno ejercicio de los derechos sociales, además, va enfocado en garantizar protección social para personas que viven en situaciones de vulnerabilidad; 3. Desarrollo Económico, cuya finalidad es garantizar el uso eficiente y responsable de recursos y la generación de los bienes, servicios y capacidades humanas para crear una economía fuerte y próspera (Centro Nacional de Control de Energía, 2019).

Imagen 1. Agentes que participan en la creación de PND



Fuente: Imagen tomada de <https://lopezdoriga.com/wp-content/uploads/2019/02/pnd-2019-2024-ante-proyecto.pdf>.

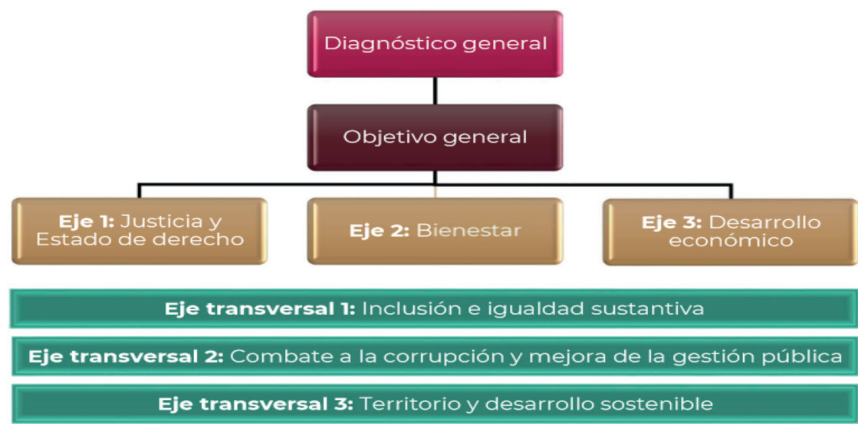
Para cada eje general se plantea un objetivo que refleja el fin último de las políticas propuestas en cada una de ellas; además, cada eje general se integra por el número de objetivos que corresponden a los resultados esperados, factibles y medibles que serán implementados en las políticas públicas propuestas.

Asimismo, en los ejes generales también se han fijado transversales: 1. Igualdad de género, no discriminación e inclusión, que busca incluir en las políticas públicas las perspectivas de género, intercultural, generacional y de desarrollo territorial; 2. Combate a la corrupción y mejora de la gestión pública, cuyo objeto es que las políticas públicas estén encaminadas a eliminar la corrupción y garantizar la eficiencia de la administración pública; y 3. Territorio y desarrollo sostenible, para reconocer las consecuencias a futuro y lograr que las políticas públicas tengan un enfoque de desarrollo basado en la viabilidad económica, financiera, social y ambiental (Centro Nacional de Control de Energía, 2019).

Estos ejes transversales corresponden a tres problemas relevantes en el país que son comunes entre todos los temas de política pública que se busca atender, derivado de lo anterior, en términos del artículo 22° de la Ley de Planeación, se pretende que los programas procedentes de este plan, así como los programas presupuestarios atiendan estos ejes con base en lineamientos de política pública diseñados específicamente para cada uno.

La importancia de estudiar el PND radica en que dicho documento al identificar los problemas principales que afectan a la sociedad en general, marca el rumbo de las políticas públicas que serán diseñadas con la intención de implementar acciones tendientes a resolver esos problemas plenamente identificados y así transformar la vida pública del país garantizando el bienestar a la población, lograr reducir las brechas de pobreza y desigualdad restableciendo un Estado de derecho con justicia que impulse el desarrollo económico sostenible.

Imagen 2. Integración del PND



Fuente: Imagen tomada de <https://lopezdoriga.com/wp-content/uploads/2019/02/pnd-2019-2024-ante-proyecto.pdf>.

Derivado de lo anterior, resulta trascendente comprender el contexto en el que surgen las políticas públicas, una aproximación sobre su concepto, principales características y demás información que permita una mayor comprensión de la estrecha vinculación existente entre el PND y las políticas públicas.

EL ESTUDIO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

El estudio de las políticas se inició en 1950, en Estados Unidos, cuando algunos científicos sociales comenzaron a interesarse cada vez más por la toma de decisiones en y para el ámbito público. El trabajo de Harold Lasswell (2007), en particular, es el que con el tiempo se reconocería como la semilla originaria de lo que hoy se conoce como el enfoque de políticas públicas.

La aportación de Lasswell puede resumirse en dos aspectos principales que vinculan a las políticas públicas con la democracia en el siguiente tenor:

- a) Comprender que el dar respuesta a las interrogantes planteadas por las ciencias de políticas implica aclarar tanto las metas que se persiguen con la acción gubernamental, como los valores que la sustentan; y
- b) Visualizar a las políticas públicas como el puente entre los tomadores de decisión en el gobierno, los académicos de múltiples disciplinas y prácticamente cualquier otro actor que pueda aportar conocimiento valioso para la resolución de problemas específicos y trascendentes, esto es, problemas públicos, en el más amplio sentido del término (Arellano y Blanco, 2016, p. 31).

Actualmente no contamos con una definición de políticas públicas única y universal, no obstante, diversos autores han retomado el espíritu democrático estudiado por Laswell y se han aventurado a exponer lo que se debe entender por este concepto.

Tal es el caso de Luis Aguilar, quien aborda este tema y entiende a las políticas públicas como “decisiones de gobierno que incorporan la opinión, la participación, la corresponsabilidad y el dinero de los privados, en su calidad de ciudadanos, electores y contribuyentes” (Arellano y Blanco, 2016, p. 36).

Las políticas públicas son decisiones y acciones legítimas de gobierno que se generan a través de un proceso abierto y sistemático de deliberación entre grupos, ciudadanos y autoridades con el fin de resolver, mediante instrumentos específicos, las situaciones definidas y construidas como problemas públicos (Arellano y Blanco, 2016, p. 31).

De las definiciones anteriores, se rescatan algunos aspectos centrales y se entiende a la política pública como toda acción gubernamental intencional, cuya meta es realizar un objetivo de interés para solucionar problemas públicos y atender demandas sociales, en este tenor, se debe tomar en cuenta que la eficiencia de las políticas públicas depende de las características o requisitos con que son diseñadas.

Las características mínimas que se consideran para hablar de una verdadera política pública son por lo menos cuatro, a saber:

1. Son llevadas a cabo por autoridades públicas legítimamente constituidas.
2. Surgen como respuesta a una situación entendida como un problema que afecta el interés público, por lo que debe resolverse empleando recursos gubernamentales, en mayor o menor medida.
3. Se materializan mediante mecanismos concretos, privilegiando el interés de la comunidad por encima de los intereses particulares.
4. Todo lo anterior, además, tiene como supuesto fundamental la discusión y el acuerdo entre el gobierno y la ciudadanía, respecto de qué debe resolverse, mediante qué mecanismos concretos y con qué efectos esperados. Así, al escoger una alternativa se están abandonando otras, al elegir un método de solución se están dejando de lado otros, por lo que estos procesos de “no-decisión” son también importantes (Arellano y Blanco, 2016, pp. 36-37).

Ahora bien, después de analizar este listado de características, resulta fácil percatarse que la realidad de las políticas públicas en nuestro país dista en gran medida de la forma en que debieran pensarse y formularse, por lo que se debe rescatar la necesidad de comprender las causas, razones, consecuencias de las acciones del gobierno, sobre todo de reconocer la imperiosa necesidad de que en estos procesos se vea reflejada la multiplicidad de ideas y puntos de vista, lo cual sólo puede darse en el marco de una democracia, tanto deliberativa como participativa.

En el caso del Estado Mexicano, durante varias décadas las decisiones de gobierno en su mayoría han sido tomadas de manera unilateral y autoritaria en los diferentes niveles de gobierno, olvidando que el entorno social democrático es el único en el que las políticas públicas pueden desarrollarse, ahora bien, con la implementación efectiva del PND como instrumento de participación ciudadana se

pretende robustecer la democracia como simiente en el que pudiera prosperar alguna política pública que solucione, tienda al éxito, no al fracaso, como lo han hecho en escenarios anteriores, para ello, es necesario identificar y comprender el proceso de creación de una política pública, ya que ello permite identificar los momentos en que se pueden cometer errores y sobre todo la forma en cómo evitarlos.

CREACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

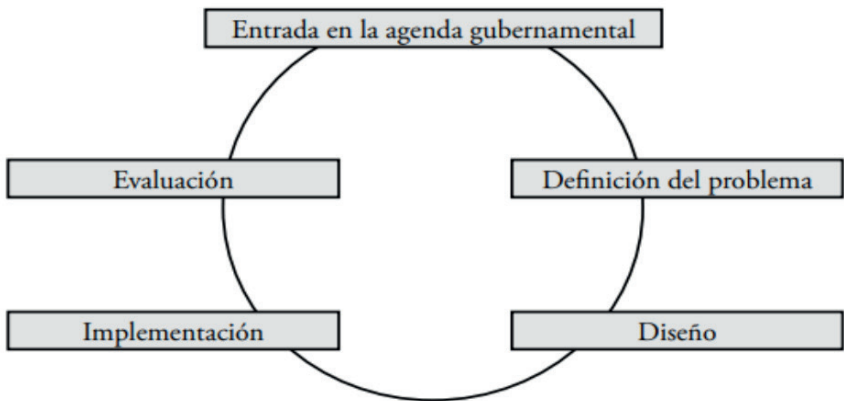
De forma general, se mencionan cinco etapas que componen la creación (ideal) de toda política pública, a saber:

1. Entrada en la agenda gubernamental: el posicionar una situación en la agenda pública, y luego en la gubernamental, es una condición necesaria para la existencia de cualquier política pública, en la medida en que implica que ésta se reconoce como un problema; y no cualquiera, sino uno que amerita la atención del gobierno. La agenda pública es “el conjunto de asuntos elevados al estatus de problema público, [mientras que] la agenda gubernamental [es el] subconjunto del primero efectivamente susceptible de atención por parte del Estado a través de políticas públicas” (Casar y Maldonado, 2008, pp. 211-212).
2. Definición del problema: se entienden los procesos mediante los cuales un problema, ya aceptado como público y colocado en la agenda, es estudiado en términos de sus probables causas, componentes y consecuencias (Aguilar, 2007, p. 52). Es decir, se trata de comprender la naturaleza del problema con el fin de proponer soluciones acordes, bien informadas y con la mayor probabilidad de impactar positivamente sobre la situación considerada como negativa, cuando ello es factible.
3. Diseño: después de que se ha definido una situación social como problema público, y tras haberse estudiado éste en términos de sus elementos causales, se llega a la etapa del diseño de la política. Ésta no es otra cosa que la formulación de la estrategia que se seguirá para intentar resolver el problema en su contexto particular, entendiendo por estrategia el conjunto de instrumentos coherentemente integrados, así como las restricciones que estos enfrentarían. En suma, se trata de establecer una relación entre los medios manipulables y los objetivos alcanzables dadas las condiciones del entorno (Aguilar, 2007, p. 235).
4. Implementación: es el proceso de reunir y poner en su lugar todos los elementos necesarios para que una política funcione y se enfrente a una realidad más compleja de lo que cualquier diseño puede modelar, en la que lo único seguro es la propia incertidumbre.
5. Evaluación: es el momento último de toda política pública en donde se determinan las fortalezas y debilidades de los programas y proyectos públicos, una vez que estos se llevaron a cabo. Se trata de un acto inherentemente normativo, esto es, una cuestión de apreciación o juicio político (Hart, 2005, pp. 319-335).

El abordaje de estas etapas permite analizar las políticas públicas detalladamen-

te para comprender mejor su construcción, desarrollo y alcances, estudiarlas así es sólo una propuesta metodológica, algunos autores identifican tres fases: una de diseño, una de implementación y otra de evaluación, no obstante, el objetivo es aportar elementos que permitan contrastar este proceso con la realidad en la que se desarrollan las políticas públicas, por lo menos en nuestro país e identificar la fase a la cual se debe el éxito o fracaso.

Imagen 3. El proceso o ciclo de políticas públicas



Fuente: Imagen tomada de https://www.ine.mx/wp-content/uploads/2019/04/cuaderno_30.pdf.

LA REALIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN MÉXICO

En nuestro país, las políticas públicas se han enfocado en dar soluciones genéricas a la mayoría de los problemas públicos: más presupuesto, programas y estructura administrativa, todo ello en el marco de un gran plan nacional, de ahí que los resultados globales indican que en general las decisiones tomadas hayan sido malas y costosas al no contar con propuestas de distintos agentes que propongan alternativas y alerten sobre los posibles efectos no deseados verbigracia crisis económicas y políticas, para ello la democracia participativa activa resulta fundamental.

Se debe tomar en consideración también que durante años los distintos gobiernos han planteado distintas estrategias de desarrollo social y productivo atendiendo a las preocupaciones y problemáticas comunes, no obstante, el mal diseño de sus políticas públicas no ha permitido abatir y erradicar los problemas que hasta hoy día nos aquejan, ello no es más que el reflejo de políticas públicas fallidas.

Empero, también debemos reconocer que existe un caso de éxito en el caso del programa Prospera, que es el único vigente de transferencia condicionada de México reconocido por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL, 2019), y que vale la pena estudiar, toda vez que en él se concentran las características esenciales de una política pública ideal, lo que demuestra que en nuestro país sí es posible la implementación de más políticas públicas que tengan

como ejes rectores el caso de este programa, cuyo objetivo es articular y coordinar la oferta institucional de programas y acciones de política social, fomento productivo, generación de ingresos, bienestar económico, inclusión financiera y laboral, educación, alimentación y salud.

Este programa está dirigido a la población (familias) en situación de pobreza extrema, a quienes bajo esquemas de apoyos se les permite mejorar condiciones de vida al asegurarles el goce de sus derechos sociales generando igualdad de oportunidades.

Este programa ofrece dos esquemas de apoyo, a saber:

1. El esquema de apoyos con corresponsabilidad, en el que las familias pueden recibir los apoyos de todos los componentes del programa debido a que la cobertura y capacidad de atención de los servicios de educación y salud permiten operar de forma simultánea los componentes educativos, de salud y alimentario; y
2. Esquema de apoyos sin corresponsabilidad, en el que la cobertura y capacidad de atención de los servicios de educación y salud no permiten operar de forma simultánea los componentes educativos, de salud y alimentario, por lo cual las familias sólo pueden recibir los apoyos de los componentes alimentario, de vinculación y de educación superior, sin estar sujetas a acciones de corresponsabilidad para recibir los apoyos del programa (Base de datos de programas de protección social no contributiva en América Latina y el Caribe, 2019).

El programa complementa sus acciones con otros programas sociales que ofrecen acceso a servicios básicos de vivienda y seguridad social, por ello es uno de los programas más estudiados y evaluados rigurosamente por instituciones externas, los estudios han demostrado impactos positivos del programa en tasas de escolarización y en el nivel de educación conseguido por los niños, mejoras significativas en el estado nutricional y mayor prevención de salud, los estudios muestran el importante papel del Programa en la reducción de la pobreza por ingresos en las zonas rurales, atribuyéndole hasta un tercio de ésta (Base de datos de programas de protección social no contributiva en América Latina y el Caribe, 2019).

Múltiples son las fortalezas de este programa y bien vale la pena enunciarlas, la población a la cual se dirige está muy bien definida, los mecanismos de priorización son claros y transparentes, el suministro de dinero en efectivo entregado de forma directa a las familias incentiva a las mismas a enviar a los menores a la escuela, acudir a las consultas al centro de salud, para no perder el estímulo que les permite cubrir gastos de alimentación y dota a las futuras generaciones de herramientas para romper con el círculo de pobreza.

Además, dado que su presencia territorial dentro del país es muy amplia, se permite mantener comunicación directa con zonas marginadas y remotas beneficiándolas también, es esta misma presencia lo que les permite identificar y resolver los principales problemas que se les presenten.

Un aspecto fundamental es que cuenta con una extraordinaria agenda de evaluación, con lo que se ha visto favorecido el diseño a lo largo del tiempo en que ha sido permanente su implementación.

Este caso de éxito hace identificables las características que debe contener una política pública deseable, demostrando que, con planeación, participación,

transparencia es posible gobernar con eficacia, es en este tenor que resulta de interés analizar el PND 2019-2024, por ser el documento base que guiará el gobierno en torno a las políticas públicas que se implementan en nuestro país.

MARCO JURÍDICO DEL PND

El artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagró el derecho de toda persona a participar en el gobierno de su país, sea directamente o por medio de representantes elegidos libremente, así como a participar en las funciones públicas en condiciones de igualdad (Arellano y Blanco, 2016, p. 9).

En ese tenor es que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) establece en el artículo 26 que “el Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación”.

Asimismo, la CPEUM mandata que la planeación será democrática y deliberativa, mediante mecanismos de participación, con el objeto de recoger las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al PND, al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la APF.

En este tenor se creó la Ley de Planeación, que establece plazos y procedimientos para la formulación y publicación del PND, cabe mencionar que dicha ley fue reformada el 2 de febrero de 2018 para adicionar un elemento sustantivo al procedimiento de publicación, ahora de conformidad con el artículo 21 de la ley, el ejecutivo debe enviar a la Cámara de Diputados el PND para su aprobación (el Plan se presenta en dos documentos: uno que incluye los principios rectores de política y otro donde se describe los objetivos generales, metas y sus estrategias), órgano que debe resolver dentro de los próximos dos meses a la fecha de su presentación, en este sentido, la tarea consiste en verificar que dicho instrumento incluya los fines del proyecto nacional contenidos en la CPEUM.

Además, el artículo 20° de la ley en comento señala que en el ámbito del Sistema Nacional de Planeación Democrática tendrá lugar la participación y consulta de los diversos grupos sociales, con el propósito de que la población exprese sus opiniones para la elaboración, actualización y ejecución del PND y los programas que de este deriven, lo que dio sustento al Sistema Nacional de Planeación Democrática y la consulta ciudadana (Proceso de consulta que el Gobierno de México llevó a cabo a los diversos grupos sociales del país, se originaron opiniones que enriquecieron los diagnósticos y el plan de acción que se implementará durante los próximos seis años).

ETAPAS DEL PND

La elaboración del PND se lleva a cabo a través de tres etapas, a saber:

ETAPA 1

- Se realiza un diagnóstico de la situación actual y se hace una perspectiva a largo plazo de los temas prioritarios con base en información cualitativa y cuantitativa, para ello se utilizan indicadores clave del Sistema Nacional de Información

Estadística y Geográfica (SNIEG) o Análisis de la acción gubernamental que se ha implementado, brechas y rezagos que persisten y áreas de oportunidad para atenderlos.

- Se hace una identificación de problemas públicos prioritarios, de sus causas y efectos.

ETAPA 2

- Se identifican los objetivos, que deben ser alcanzados para resolver o mitigar un problema público.
- Se plantean las estrategias y medios requeridos para solucionar las causas que generan el problema público.
- Se analizan los indicadores y metas a través de métricas cuantitativas para evaluar y dar seguimiento a los objetivos.

ETAPA 3

- Se llevan a cabo las consultas con actores relevantes para enriquecer el diagnóstico y los objetivos prioritarios a través de foros nacionales, estatales y especiales (con grupos indígenas y personas con discapacidad), con la finalidad de elevar las preocupaciones y problemáticas de grupos, cuyas voces han sido poco escuchadas, además también se llevan a cabo mesas sectoriales.

El proceso de consulta en esta ocasión tuvo como instrumento una encuesta ciudadana por internet y se desarrolló del 28 de febrero al 15 de abril de 2019 en la forma siguiente:

- Se llevaron a cabo 3 foros nacionales que se denominaron “Planeando Juntos la Transformación de México” en los que se realizó una consulta en relación a los 3 ejes, estos foros fueron presididos por el presidente y contaron con la participación de distintos grupos de la población (indígenas, mujeres y personas con discapacidad).
- Se realizaron 32 foros estatales, uno por cada entidad federativa en donde se discutieron los 3 ejes generales enfatizando el rol de los ejes transversales para atender los objetivos.
- Se llevaron a cabo 87 mesas sectoriales, cuyo carácter es opcional para enriquecer y retroalimentar el diagnóstico y las estrategias de las Secretarías, y ahondar en algún tema prioritario para las dependencias.
- Se llevaron a cabo 29 foros especiales en México y 13 en Estados Unidos de América para incorporar a la planeación nacional la visión de grupos prioritarios (grupos y comunidades indígenas y personas con discapacidad).
- Además, se lanzó una consulta digital, una encuesta realizada a niñas, niños, adolescentes, hubo recepción de propuestas de política pública a través de correo electrónico oficial, de forma tanto virtual como física (SHCP, 2019).

ETAPA 4

Se redacta el documento final integrando, enriqueciendo y modificando las ideas de las propuestas preliminares del Gobierno con los insumos de los foros, las propuesta y consultas en línea derivadas de la etapa que antecede.

ETAPA 5

Una vez que el Ejecutivo Federal cuenta con el documento final, debe presentarlo y someterlo a la Cámara de Diputados para su discusión, aprobación y en su caso publicación.

Cabe mencionar que como se expuso, derivado de la reforma del año anterior, ésta es la primera ocasión en que se realiza esta etapa, en el caso particular del PND 2019-2024, tuvo como la fecha límite para su presentación el 30 de abril del año en curso, fue aprobado y publicado en el Diario Oficial de la Federación el pasado doce de julio, encontrándose disponible para su consulta en la siguiente dirección electrónica: http://www.dof.mx/nota_detalle.php?codigo=5565599&fecha=12/07/2019.

PRINCIPIOS RECTORES DEL PND

El PND 2019-2024 se sustenta en doce puntos centrales, recogidos del consenso nacional y que tienen como centro la convicción de que el quehacer en su conjunto (el económico, político, social y cultural) debe ser orientado a alcanzar el bienestar de la población, para lo cual se plantea que el gobierno recupere su función de árbitro protegiendo los derechos individuales y colectivos en su papel de impulsor y conductor de la economía.

Para el cumplimiento de su objetivo, este plan rige su política de desarrollo por los siguientes doce principios:

1. Honradez y honestidad: para acabar con la corrupción en toda la administración pública.
2. No al gobierno rico con pueblo pobre: para poner fin a los dispendios con una política de austeridad republicana.
3. Nada al margen de la ley: por encima de la ley, nadie: Lo que se traduce en respetar lo previsto por la CPEUM, observando los derechos sociales, colectivos y sociales, empezando por los derechos humanos, poniendo fin a la represión política y poniendo fin a los privilegios ante la ley y cese de los fueros.
4. Economía para el bienestar: el objetivo de la política económica es generar bienestar para la población, lo que implica un crecimiento con austeridad y sin corrupción, disciplina fiscal, cese del endeudamiento, respeto a las decisiones autónomas del Banco de México, creación de empleos, fortalecimiento del mercado interno, impulso al agro, a la investigación, la ciencia y la educación.
5. El mercado (Ríos Ruíz, 2010), no sustituye al Estado: propone que el Estado recupere su fortaleza como garante de la soberanía, la estabilidad, el estado de derecho, árbitro de los conflictos, generador de políticas públicas coherentes, articulador de los propósitos nacionales.

6. Por el bien de todos, primero los pobres: recuperación del principio de empatía social con los miembros más débiles y desvalidos que es factor indispensable de cohesión.
7. No dejar a nadie atrás, no dejar a nadie fuera: implementación de un modelo de desarrollo respetuoso de los habitantes, del hábitat, equitativo, orientado a subsanar, no a agudizar las desigualdades, defensor de la diversidad cultural y del ambiente natural, sensible a las modalidades, singularidades económicas regionales y locales, consciente de las necesidades de los habitantes futuros del país.
8. No hay paz sin justicia: implementación de un nuevo paradigma en materia de paz, seguridad que tenga como prioridad restarle base social a la criminalidad mediante la incorporación masiva de jóvenes al estudio, al trabajo para apartarlos de conductas antisociales; recuperación del principio de reinserción social; fin de la “guerra contra las drogas”, adopción de una estrategia de prevención, tratamiento de adicciones; impulso a procesos regionales de pacificación con esclarecimiento, justicia, reparación, garantía de no repetición, reconciliación nacional, medidas contra el lavado de dinero e inteligencia policial, para ello la Guardia Nacional funge como policía de paz y proximidad, con presencia permanente en todo el territorio.
9. El respeto al derecho ajeno es la paz: respeto de los principios de no intervención, autodeterminación, relaciones con todos los pueblos basadas en la cooperación para el desarrollo, solución pacífica de los conflictos mediante el diálogo y rechazo a la violencia y a la guerra, respeto a los derechos humanos.
10. No más migración por hambre y violencia (Ríos Ruíz, 2019): por una política encaminada a ofrecer a todos los ciudadanos las condiciones adecuadas para que puedan vivir con dignidad y seguridad en su país de origen. A los extranjeros que llegan a territorio mexicano se les brindará respeto a sus derechos, hospitalidad y la posibilidad de que construyan aquí una nueva vida.
11. Democracia (Ríos Ruíz, 2019), significa el poder del pueblo: implementación de una democracia participativa para socializar el poder político e involucrar a la sociedad en las grandes decisiones nacionales.
12. Ética, libertad y confianza: Los principios éticos y civilizatorios serán las claves del nuevo pacto social y del modelo de desarrollo para México (Presidencia de la República, Plan Nacional de Desarrollo, 2019).

Estos doce puntos rectores permean en todo el PND y se ven reflejados en los ejes generales y transversales.

PROGRAMAS DERIVADOS DEL PND

Los programas de gobierno, que en el caso del PND 2019-2024 son 44, fungen como uno de los instrumentos que ponen en marcha las acciones trazadas por las políticas públicas con el fin de solucionar problemas públicos específicos y prioritarios que se identifican con el estudio realizado para la creación del PDN, en este tenor podemos comprender que del PDN se derivan las políticas públicas y de éstas los programas de gobierno.

1. PND (Identificación de problemas) → 2. Políticas Públicas (Soluciones a los problemas planteados) → 3. Programas de Gobierno (Acciones específicas para solucionar cada problema).

Estos programas tienen sustento en el artículo 22 de la Ley de Planeación (Ley de Planeación, 2018), cabe puntualizar que estos programas serán elaborados sin perjuicio de aquellos que prevean las leyes o determine el presidente de la República con posterioridad.

A continuación se enlistan (Gaceta Parlamentaria, 2019) los programas, no sin antes hacer mención que de acuerdo con lo previsto por los artículos 16 y 17 de la Ley de Planeación, las dependencias de la APF deberán elaborar sus programas sectoriales y las entidades paraestatales sus correspondientes programas institucionales.

Programa Regional de Desarrollo y Bienestar de la Cuenca Balsas-Pacífico Sur

Programa Nacional de Derechos Humanos

Programa Nacional de Población

Programa Especial de Política Migratoria

Programa Nacional de Cultura de Paz y Prevención Social del Delito para la Reconstrucción del Tejido Social

Programa Especial para Vivir la Democracia: Impulso del Desarrollo Democrático y la Participación Social

Programa Nacional para la Igualdad y No Discriminación

Programa Nacional de Búsqueda y Localización

Programa Integral para Prevenir, Atender, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres

Programa Nacional de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes

Programa Nacional para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos

Programa de Atención Integral a Víctimas

Programa Nacional de Seguridad Pública

Programa para la Seguridad Nacional

Programa Nacional de Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia

Programa Nacional de Protección Civil

Programa de Cooperación Internacional para el Desarrollo

Programa Regional para el Desarrollo del Istmo de Tehuantepec

Programa Nacional para Profundizar la Inclusión Financiera

Programa Especial Concurrente para el Desarrollo Rural Sustentable

Programa de Manejo Sustentable del Agua y el Suelo Agrícola en las regiones del Noroeste y Noreste de México

Programa Especial para la Productividad y la Competitividad

Programa Nacional de Cultura Física y Deporte

Programa para la Transformación de la Educación Superior

Programa Especial para Formular y Encausar una Política General sobre el Futuro del Trabajo

Programa Nacional de Vivienda

Programa Nacional de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano

Programa Nacional de Suelo

Programa Especial de Cambio Climático

Programa Nacional Hídrico

Programa Nacional Forestal

Programa Nacional para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos

Programa Nacional para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos de Manejo Especial

Programa Nacional de Remediación de Sitios Contaminados

Programa Nacional de Desarrollo Social

Programa Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad

Programa Nacional de Juventud

Programa de Fomento a la Economía Social

Programa Nacional de Mejora de la Gestión Pública y Combate a la Corrupción y la Impunidad

Programa Especial de Ciencia, Tecnología e Innovación

Programa para el Desarrollo de la Bioseguridad y la Biotecnología

Programa de Atención Integral a Víctimas

Programa Nacional para la Igualdad entre Hombres y Mujeres

Trece Programas Hídricos Regionales

Resulta preciso mencionar en relación al listado anterior de los programas que derivaron del PND que los mismos aún no cuentan con una agenda ni líneas de acción para su puesta en marcha e implementación que se haya dado a conocer de forma pública, lo que resulta comprensible dada la reciente publicación del PND en el DOF como se refirió en líneas anteriores.

Aun así se destaca la próxima implementación del Programa Nacional de Seguridad Pública dada la importancia que tiene la seguridad de la población para alcanzar el bienestar social integral, con ello se reconoce que el alcanzar esto es la razón primordial de la existencia del poder público y que las instituciones hasta ahora encargadas de ello han sido incapaces de utilizar sus potestades, pues han fallado en su responsabilidad de preservar la vida, la integridad y la propiedad de

las personas y las poblaciones, este programa reconoce la crisis existente y que se ha degradado la calidad de vida. Esto es un claro ejemplo de política pública a la que valdría la pena darle seguimiento.

EL PND Y LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE

En 2015, la Organización de Naciones Unidas (ONU) aprobó la Agenda 2030 sobre el desarrollo sostenible estableciendo 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS, 2019) que han sido adoptados por más de 150 países y es en este tenor que los objetivos del eje general del PND 2019-2024 se encuentran en armonía con estos principios y se vinculan en un 40.0%, ya que el número de objetivos relacionados entre ambas partes asciende a 204.

Los 17 ODS que a continuación se enuncian abarcan diversos temas como justicia, instituciones sólidas, pobreza, derechos sociales básicos, crecimiento económico, innovación, inclusión social, desigualdad y sostenibilidad ambiental.

1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo.
2. Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible.
3. Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades.
4. Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos.
5. Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas.
6. Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos.
7. Garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos.
8. Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.
9. Industria, innovación e infraestructuras.
10. Reducir la desigualdad en y entre los países.
11. Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.
12. Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles.
13. Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.

- 14. Conservar y utilizar en forma sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible.
- 15. Gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad.
- 16. Promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas.
- 17. Revitalizar la alianza mundial para el desarrollo sostenible (Ley de Planeación, 2018).

A continuación, a través de la siguiente matriz (Ley de Planeación, 2018) se desglosa de forma particular las relaciones de los objetivos de cada eje central con los ODS.

Imagen 4. Matriz comparativa de los ejes generales que integran el PND y su relación con los ODS

Vinculación entre los Objetivos del PND y los Objetivos de Desarrollo Sostenible

Eje General	Número de ODS relacionados con los objetivos del Eje General del PND
Justicia y Estado de derecho (9 objetivos)	40
Bienestar (11 objetivos)	80
Desarrollo económico (10 objetivos)	84
Total (30 objetivos)	204

Fuente: Imagen tomada de <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/64/2019/abr/20190430-XVIII-1.pdf>.

Con los datos anteriores queda claro que poca relación guardan los objetivos del PND 2019-2024 con los ODS, que si bien no son jurídicamente obligatorios, se espera que los gobiernos los adopten como propios y establezcan marcos nacionales para el logro de los mismos (ODS, 2019), hecho que en este caso ocurre de forma precaria y que indiscutiblemente traerá consigo un rezago en cuanto a las actividades regionales de seguimiento y examen globales respecto a la atención que como país se da a estos objetivos.

Este análisis nos sirve como parámetro para reflejar la vinculación de nuestras políticas públicas derivadas del PND y la forma en que éstas comparten o no la visión y objetivos de la comunidad internacional respecto a las personas y planeta.

CONCLUSIONES

- 1. Las políticas públicas en nuestro país requieren un cambio de fondo, mismo que se debe gestar desde la planeación de las mismas a través del PND; los elementos para su creación requieren entre otras cosas, de diagnósticos eficientes sobre problemáticas sociales, intervención de la sociedad civil en las etapas de creación, presupuestación, implementación y por supuesto evaluación, implementando para cada etapa procesos de inclusión y deliberación con el objeto de que éstas sean integrales y cumplan su objetivo.

2. El PND 2019-2024 como documento que debe recoger las estrategias para planificar, conducir y orientar las acciones públicas encaminadas a lograr el desarrollo social nacional, se limita a enunciar una serie de ambiciosos objetivos, pero no establece cómo es que habrán de materializarse y cómo se evaluará el desempeño de los mismos; habla de crecimiento, austeridad, lucha contra la corrupción, disciplina fiscal, cese de endeudamiento, creación de empleos y una serie de acciones más, sin que se diga cómo es que cada uno de esos anhelos serán hechos realidad, es decir, no se señalan acciones concretas, el desarrollo del documento carece de una valoración objetiva de las circunstancias en que se diagnostica la situación nacional, lo que da un sentido de subjetividad en el tratamiento de los temas.
3. De la lectura y análisis del PND se puede destacar que su contenido no está acorde con los elementos mínimos de un PND, tal como lo prevé la Ley de Planeación ni conforme a las definiciones contenidas en la Guía Técnica y Metodológica para la elaboración del PND 2019-2024 emitida por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP). En particular, como ya se apuntó no contiene objetivos, estrategias, indicadores, previsiones de gasto, estudios de factibilidad cultural ni tiempos de ejecución, lo que en su conjunto dificulta y en su caso imposibilita los procesos de evaluación sobre el grado de cumplimiento de metas y objetivos, que permitan conocer el impacto social tanto del Plan, como de los programas que de él derivan, es decir, las políticas públicas implementadas.
4. El PND desde ninguna perspectiva debe ser un documento de naturaleza teórica, su objeto es recoger los principios generales que definirán las acciones que cambiarán la realidad social, por lo que no debe hacerse de las prioridades nacionales un discurso, pues no se debe perder de vista que la forma en que se distribuyen los recursos públicos de la nación a través del presupuesto de egresos de la federación depende de este documento, ahí radica la importancia de dejar fuera del mismo los fanatismos personales y políticos.

REFERENCIAS

1. Arellano Gault, D., Blanco, F. (2016). Políticas públicas y democracia. *Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*. México: Instituto Federal Electoral.
2. Base de datos de programas de protección social no contributiva en América Latina y el Caribe (2018). *Prospera. Programa de Inclusión Social (2014-2019)*. Recuperado de <https://dds.cepal.org/bpsnc/programa?id=92>.
3. Bovens, M., Hart, P., Kuipers, S. (2005). The Politics of Policy Evaluation. En Moran, M. Rein, M. y Goodin, R.E. (eds.). *The Oxford Handbook of Public Policy*. Oxford: Oxford University Press.
4. Casar, M. A., Maldonado, C. (2018). Formación de agenda y proceso de toma de decisiones. Una aproximación desde la ciencia política. En Mau-

- recio y Cejudo Guillermo (comps.). *Problemas, decisiones y soluciones*. Enfoques de política pública. México: Fondo de Cultura Económica, CIDE.
5. Centro de Estudios de Finanzas Públicas (2019). *Aspectos relevantes del Plan Nacional de Desarrollo*. Palacio Legislativo de San Lázaro, Ciudad de México. Recuperado de <http://www.cefp.gob.mx/publicaciones/documento/2019/cefp0112019.pdf>.
 6. Centro Nacional de Control de Energía (2019). *Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024*. Gobierno de México. Recuperado de <https://www.gob.mx/cenace/acciones-y-programas/plan-nacional-de-desarrollo-2019-2024-195029>.
 7. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) (2019). Recuperado de <https://mexico.justia.com/federales/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos/titulo-primer/capitulo-i/>.
 8. Gaceta Parlamentaria (2019). Recuperado de <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/64/2019/abr/20190430-XVIII-1.pdf>.
 9. Lasswell, H. (2007). La orientación hacia las políticas. En Luis F. Aguilar Villanueva (ed.), *El estudio de las políticas públicas*. México: Miguel Ángel Porrúa.
 10. Ley de Planeación (2018). Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://www.diputados.gob.mx/Leyes-Biblio/pdf/59_160218.pdf&ved=2ahUKewiigc6e367IAhVMnKwKHb-JFAIYQFjAAegQIBRAB&usg=AOvVaw0o4l1EuP6-ZK41O5skBW5A.
 11. Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) (2019). Impacto Académico. Recuperado de <https://academicimpact.un.org/es/content/objetivos-de-desarrollo-sostenible>.
 12. Presidencia de la República (2019). Plan Nacional de Desarrollo. Recuperado de <https://lopezobrador.org.mx/wp-content/uploads/2019/05/PLAN-NACIONAL-DE-DESARROLLO-2019-2024.pdf>.
 13. Ríos Ruiz, A. Á. (2010). Larectoría Económica Constitucional en la Política de la Globalización, Amicus Curiae. Recuperado de <http://revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/view/14585>.
 14. Ríos Ruiz, A. Á. (2019). Migración y comercio. Visión comparada México y Estados Unidos de América, Perfiles de las Ciencias Sociales. Recuperado de https://scholar.google.es/scholar?start=20&q=%22Alma+de+los+%C3%81ngeles%22++R%C3%ADos+Ru%C3%ADz&hl=es&as_sdt=0,5#d=gs_qabs&u=%23p%3DdgXgdKDhXw0J.
 15. Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) (2019). Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024. Recuperado de <https://lopezdoriga.com/wp-content/uploads/2019/02/pnd-2019-2024-anteproyecto.pdf>.

Cibercriminalidad y ciberseguridad en México¹

Cybercriminality and cybersecurity in Mexico

HIRAM RAÚL PIÑA LIBIÉN*



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

Resumen

El presente trabajo explora la ciberdelincuencia desde un punto de vista hermenéutico y conceptual. Analiza las políticas públicas y legislación que en materia de sociedad de la información y ciberseguridad se han implementado en México; así como la jurisprudencia que se ha emitido respecto a la colisión entre libertades fundamentales y el uso indiscriminado de la informática. Su propósito es presentar el panorama epistemológico para el entendimiento de la delincuencia informática, ante la posibilidad de que México pueda adherirse a la Convención de Budapest.

Palabras clave

Ciberdelincuencia, cibercriminalidad, política informática, legislación informática, delito informático.

Abstract

The present work explores cybercrime from a hermeneutic and conceptual point of view. Analyze public policies and legislation that in the field of information society and cybersecurity have been implemented in Mexico; as well as the jurisprudence that has been issued regarding the collision between fundamental freedoms and the indiscriminate use of information technology. Its purpose is to present the epistemological panorama for the understanding of computer crime, given the possibility that Mexico may adhere to the Budapest Convention.

Key words

Cybercrime, computer policy, computer legislation, cyberlaw, internet law.

*Profesor de tiempo completo definitivo por oposición en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. Consejero ciudadano del Sistema Municipal Anticorrupción de Toluca, México. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5745-6880>. Correo electrónico: hrpl@hotmail.com

¹ El presente trabajo tomó como base parte de la obra *El derecho a la autodeterminación informativa y su garantía en el ordenamiento jurídico mexicano*, del mismo autor, ampliando la discusión sobre el tema.

INTRODUCCIÓN

Una nueva civilización está emergiendo en nuestras vidas, y hombres ciegos están intentando en todas partes sofocarla. Esta nueva civilización trae consigo nuevos estilos familiares; formas distintas de trabajar, amar y vivir; una nueva economía; nuevos conflictos políticos, y más allá de todo esto, una conciencia modificada también.

Alvin Toffler
La Tercera Ola

El Derecho es una ciencia que tiene como fin regular situaciones jurídicas concretas a través de supuestos contenidos en la norma. Su proceso de creación y actualización depende de diversos mecanismos, no solamente del proceso legislativo como forma ordinaria de creación; los usos y costumbres observados en determinada época y sociedad posibilitan su actualización.

Desde la segunda mitad del siglo xx ha existido un enorme avance científico y tecnológico; la liberación de las computadoras transformó el contexto laboral, social político y económico de los países en todo sentido. La irrupción y masificación de la informática y las telecomunicaciones han traído consigo una revolución en diversos ámbitos, dentro de los cuales, el jurídico no ha sido la excepción. La reconcepción de figuras jurídicas añejas como la del comercio, es muestra del impacto que las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) han ejercido en las últimas décadas sobre la sociedad y el Derecho.

El problema de las TIC y sus aspectos legales se presenta como un campo fecundo no sólo en el ámbito de la producción jurídica; sino también, en su filosofía e investigación teórica; por ello, este trabajo tiene como propósito discurrir sobre el panorama teórico-jurídico de las conductas criminales informáticas en el marco de la Sociedad de la Información (SI), así como exponer la política informática y el marco jurídico mexicano vigentes que les son aplicables.

LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Si damos por sentado que el Derecho es un sistema de normas que se hacen valer por medio de la fuerza o que reglamentan el uso de ésta dentro de un conglomerado

social (García, 1999, p. 14), debemos aceptar también, que las normas dimanantes del Derecho deben ser obedecidas por sí mismas. Esta concepción positivista del Derecho hace ver que el sistema de normas debe hacerse valer por el Estado y respetado por el conglomerado social, en virtud de que la norma jurídica es general, abstracta, coercible, heterónoma, provista de una sanción legal y tendente a la búsqueda del bienestar social.

El Derecho, al constituirse como un medio de control social, marca la diferencia que existe entre Derecho y Moral; que se concreta en que el Derecho regula las relaciones externas de los hombres (Bodenheimer, 1994, pp. 94-95) y en cambio, la moral se reduce a un aspecto meramente interno del hombre en particular, exigible a sí mismo, sin efectos exteriores que se reflejen por su transgresión o incumplimiento.

En caso de que la norma jurídica sea violada, ésta impone al transgresor o incumplidor la sanción señalada por el Estado creador de esa norma, para resarcir mediante una pena, el daño hecho a la sociedad. Por sí misma, la disposición legal pide un absoluto sometimiento a sus normas y mandamientos, sin tener en cuenta si determinado individuo la aprueba o no; y se caracteriza por el hecho de que lleva siempre consigo la amenaza de la coacción física (Bodenheimer, 1994, pp. 94-95).

El Derecho tiene diversos sentidos. En sentido objetivo, se entiende por derecho al conjunto de normas provistas de sanciones que rigen las relaciones de los hombres en sociedad y, en sentido subjetivo, la prerrogativa perteneciente a una persona, que le permite exigir de otra, prestaciones o abstenciones (derechos personales), o el respeto de una situación en la que ella aprovecha (derechos reales y derechos individuales).

No puede, ni debe darse por hecho, que el Derecho es un conjunto de normas fijas y obsoletas; por el contrario, es cambiante y dinámico, se transforma con el paso del tiempo y se adecúa a las necesidades de la sociedad, debido a los diversos fenómenos que surgen como consecuencia de la evolución del hombre; lo que se traduce en un distanciamiento entre el mundo del ser y del deber ser, es decir, entre lo que es la norma escrita y lo que es la realidad.

La distancia entre la realidad y la pretensión jurídica de la eficacia social, a través de un sistema de equidad y justicia, basado en un conjunto de normas, se dificulta en gran medida, debido a que:

El cambio social y el mero hecho del cambio social tienen un impacto dramático, fundamental, en la cultura de la sociedad moderna; influye en la manera de pensar de la gente, así como en la forma en que viven. Ha habido una revolución en las expectativas sociales, el público moderno está acostumbrado al cambio y, (...) es en parte por esa razón que no es indiferente y fatalista, sino, en realidad, infinitamente demandante. La personalidad del hombre moderno, (...) es diferente en aspectos fundamentales (...) la tecnología es, al menos en parte, responsable de estos cambios (Friedman, 1993, pp. 55-57).

Hoy día, en cualquier área productiva se encuentra a la tecnología como un factor de cambio. El Derecho, como se ha señalado, no es un conjunto de disposiciones

fijas y obsoletas, y en gran medida las TICs son elementos que permiten su reconfiguración.

Las TIC no sólo son factor de replanteamiento del Derecho, también de la estructura de la sociedad, pues con la masificación del denominado ciberespacio,² se está gestando la SI, en donde todas las personas nos podemos ver afectadas por las TIC, mismas que representan una nueva forma para que el Estado ejerza su poder.

Esta sociedad, tanto en la expresión coloquial como en definiciones académicas, se refiere al impacto global y al conjunto de las transformaciones que están produciendo en la organización social y en la vida individual las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) (Carrascosa, 2003, p. 9).

Yoneji Masuda elaboró un modelo de SI que puede ser visto como un “Estado automatizado”, el cual debe entenderse como una organización política totalitaria apoyada en el control tecnológico, la Computopía (*computer-based utopia*), es decir, la sociedad libre a través de las computadoras y de la información (...) será por tanto, una sociedad sin clases libre de un poder dominante, cuyo núcleo social serán las comunidades voluntarias (Pérez Luño, 1987, p. 143). Comprendido así, el “Estado automatizado” de Masuda, éste tendrá como eje los valores cognoscitivos, más que los valores materiales (Pérez Luño, 1987, p. 39).

Simon Nora y Alain Minc (1980, pp. 26-27) la describen como una sociedad adulta, que desarrolle su espontaneidad, su movilidad y su imaginación, aceptando al mismo tiempo las responsabilidades de la normativa universal; pero también supone un Estado que, asumiendo sin timidez sus funciones reguladoras, admite, sin embargo, no seguir siendo el actor casi exclusivo del juego social.

Esta sociedad se configura, debido a que las TIC son accesibles, rápidas, económicas, abiertas y globales, sin limitación de fronteras territoriales, políticas y culturales; permitiendo con ello diseminar y difundir los datos e información, a través de redes de datos.

No obstante, cabe agregar que es el resultado de un vasto y complejo proceso de transformación de las sociedades industriales. El concepto pretende indicar la importancia preeminente que tiene la información en la vida social actual (Fix Fierro, 1990, p. 46).

Puede concluirse que la SI es un fenómeno de retos y oportunidades, incertidumbre y caos, resumible en la hipótesis de que es la occidentalización de la sociedad basada en la información; pues valores como la democracia, la transparencia, la seguridad nacional e internacional, así como el flujo e intercambio de información y mercancías, se presentan como la única vía o alternativa para el desarrollo humano y social, lo que es posible realizar mediante la utilización de las TIC.

Pero no todo es optimismo en la SI, cuya punta de lanza es Internet. En su interior, se ha creado un submundo de ocio y diversión, de intercambio de información de toda índole, que va desde aquella de carácter científico, político, cultural y personal, hasta el pornográfico. En esta interioridad de la SI, lograda por el ciberespacio, la información se trasmite sin limitación de fronteras, sin conocimiento de su veracidad y peor aún, con escaso control de las autoridades estatales. En su exterior, ha convertido al hombre en Tecnófilo (Postman, 1994, p. 5), pues supone que lo más tecnológicamente avanzado es lo mejor (Graham, 2001, p. 21), es decir, nos encontramos inmersos en nuestra aventura amorosa con las máquinas que intervienen en nuestras vidas (Roszak, 1990, p. 62).

² Es importante señalar que se trata de un ambiente intangible; no es un mundo de átomos y células, sino digital (Goodman, 2003, p. 8).

Aparentemente estamos en un callejón sin salida, por una parte el ciberespacio es un lugar sin límites y con escasos controles; pero por otro, día a día nos deslumbra con sorprendentes innovaciones y adelantos científico-tecnológicos.

La respuesta a las inquietudes que puedan plantearse con respecto a los beneficios y perjuicios que trae consigo la SI, sólo tiene cabida en la reflexión filosófica que se haga de ella, con el objeto de darle significación y explicación en sus aspectos económico, político, cultural y democrático.

Si reflexionamos bajo un prisma filosófico, respecto de las bondades y maleficios de la revolución informática, podremos dilucidar una filosofía de la informática y una filosofía informática.

La informática es una herramienta de innumerables aplicaciones. Actualmente, se encuentra presente en muchas de las actividades diarias de la sociedad moderna. Esta valiosa herramienta no solamente se reduce al uso de computadoras y redes de datos; la informática tiene múltiples aplicaciones científicas, económicas, políticas y sociales, como el permitir que el flujo vehicular de las grandes ciudades sea más ordenado mediante la sincronización de semáforos. A través de la informática es posible la detección y tratamiento de enfermedades y padecimientos crónico degenerativos, a través de mecanismos especializados, como la tomografía computarizada y los respiradores artificiales para pacientes con afecciones respiratorias; en la vigilancia y seguimiento del producto de la concepción humana, a través del ultrasonido; el diagnóstico por computadora, la realización de historias clínicas, el procesamiento de imágenes, así como el proyecto del genoma humano.

Otras aplicaciones de la informática se dan, por ejemplo, en la ingeniería civil al proveer herramientas que mejoran la construcción y los cálculos; en el diseño estructural y en la topografía y movimiento de tierras; dentro de la arquitectura, en la realización de planos y maquetas tridimensionales, creación de logotipos o figuras distintivas; en la administración de oficinas en el ámbito de la ofimática.

Así, podrían mencionarse un sinnúmero de aplicaciones y realizar una lista más exhaustiva, la que resultaría obsoleta al poco tiempo, pues el constante cambio e innovación tecnológica, convierten al más sofisticado avance en tecnología rudimentaria, logrando con ello el sueño eterno del *Tecnófilo*, quien alberga esperanzas sobre un mundo mejor. Si se prefiere, también se le puede llamar *quietista*.

Como puede verse, la informática ha modificado el esquema social, tornándolo más frío y distante de los valores que le dan sustento; lo afirmamos, puesto que el hombre se ha visto enajenado por la tecnología y sus avances. La aplicación de la informática en la sociedad debe reducirse a un proceso de informatización responsable y no convertirse en una prótesis económica, social y cultural del hombre, ésta es la filosofía de la informática.

En lo que respecta a la filosofía informática, puede decirse que ésta se centra en su correcto uso y aprovechamiento. El desmesurado uso y aplicación de la informática genera en lo particular y en lo colectivo, la pérdida de la identidad y la generación de los vicios humanos; en consecuencia, el hombre se torna irracional y autómata.

Recordemos cómo en los albores de la Revolución Industrial, un grupo de individuos comandados por Ned Ludd se dieron a la tarea de destruir la maquinaria que amenazaba con sustituirlos en las fábricas, por considerar que ponían en peligro su trabajo y su subsistencia. Quiénes también se opusieron férreamente a la introducción de aparatos en sus fuentes de trabajo, fueron los sastres, ya que destruyeron las máquinas de coser inventadas por Barthelemy Thimonnier. Ellos fueron abier-

tos combatientes de la innovación tecnológica y han sido conocidos como *ludditas*. Si se prefiere, también se les puede llamar *nihilistas*.

En el campo económico, la informática ha venido a reducir el proceso de comercialización de mercancías, mediante el llamado *e-Commerce*, en donde comprador y vendedor se encuentran en lugares distantes de la geografía mundial; pero ésta no es ni será la única repercusión económica de la informática; el poderío de las empresas informáticas pone de manifiesto esta situación. Otra importante repercusión de la informática en el ámbito económico es el empleo, ya que la tecnología ha venido a sustituir la mano de obra, generando con ello desempleo y pérdida del poder adquisitivo.

El aspecto político de la informática radica en la apertura de oportunidades y la generación de expectativas más reales para la sociedad. La informática pretende generar una democracia de acceso a los medios de comunicación e información; en un solo sentido, que todos los ciudadanos tengan a su alcance información pronta, objetiva y veraz de manera oportuna.

Puede decirse que, el hombre está afectado por el avance tecnológico más que nunca antes y las posibilidades de personalización se ven reducidas cualitativamente porque los valores de la persona se esfuman, y cuantitativamente porque los hombres son masificados y sólo un número reducido es el que puede beneficiarse sin dañarse (Parent Jacquemin, 1986, p. 25).

Los altos costos y difícil acceso a la tecnología hacen que, en vez de hablar de una democracia informática, estemos, por una parte, ante la presencia de un proceso de dominación y sujeción intelectual, económica, política, social y cultural, y por otro, ante una actitud reticente para adoptar y adaptar racionalmente la tecnología a nuestras actividades cotidianas. En el primer caso se presenta *l'homme infomatique*, al que Vittorio Frosini identifica como *l'uomo artificiale*; en el segundo caso, estamos ante la presencia de los *neoludditas*. Pero algo es cierto y contundente, y es el hecho de que, los últimos desarrollos de la ciencia y de la técnica, que surgieron como fuerzas emancipatorias de la humanidad, constituyen ahora una amenaza de dominio y de opresión (Pérez Luño, 1987, p. 44).

De ahí que deba realizarse una la evaluación para saber cuál es el papel que juegan las TIC en la SI. Consideramos que el retorno a lo ético es en parte, solución a este problema de la filosofía informática; y estamos convencidos de que la ciencia jurídica tiene más que nunca, un rol trascendental para el futuro de la humanidad, para que ni el *neoluddismo* ni la *Tecnófilia* nos absorban; por ello, es necesario plantear que el Derecho debe ser un medio para la debida racionalización de las TIC y su correcta aplicación en la SI.

En síntesis, la filosofía informática se concreta en la generación de un proceso de informatización ético y responsable, en donde cada usuario de las TIC, conscientemente las adopte y dinamice su uso y, a la vez, le permitan su integración en la SI.

No obstante, esta aspiración teleológica, debemos reconocer que hoy día nos encontramos inmersos en la que bien puede llamarse la era de la personalización, caracterizada por un filtro burbuja (Parisier, 2017), que se encuentra instalado en cada ordenador y dispositivo móvil que se enlaza a Internet, es decir, contamos con una red predictiva y persuasiva, basada en algoritmos que recopilan información sobre los usos, intereses, accesos y comportamientos de los usuarios de Internet, para posteriormente influir mediante sugerencias de lo que debe o presuponen le interesara ver o consultar en un futuro mediano, alterando con ello nuestra manera de encontrar ideas e información (Parisier, 2017, p. 19).

Como puede atisbarse, los filtros que constituyen diversas burbujas, además de determinar nuestro consumo de información, potencializar el comercio electrónico y determinar nuestra interacción individual y grupal, especialmente a través de las redes sociales, nos torna solitarios, invisibles y absortos del mundo exterior, pues nos sesgan para descubrir nueva información –atendiendo como referencia a los previos consumos–, produciendo en lo mediato imparcialidad, falta de objetividad y ausencia de veracidad para el encuentro de futuras informaciones.

En lo que decidimos por alienarnos entre ser ciberescépticos o cibervisionarios, entre contar con una ciberciudadaní@ o desarrollar una ciudadaní@.com (Pérez Luño, 2004, p. 100), o debatimos si pertenecemos a una determinada legión de idiotas (Eco, 2016, pp. 492-493) en la sociedad algorítmica, somos atropellados por los altísimos costos personales, culturales y sociales que el filtro burbuja produce a nuestra personalidad y el futuro social-global, aún a costa de que otros decidan por nosotros; de ahí que, existan riesgos para los derechos humanos, la política y la democracia en el Estado constitucional.

Para entender los riesgos a los que se encuentran expuestos los derechos humanos en la sociedad tecnológica, debemos tener en cuenta que los seres humanos no somos nodos virtuales de las redes sociales, por mucho que los *nerds* y los *geeks* lo pretendan. En el mundo virtual, las personas pueden optar por comportarse como seres infrahumanos, pero la red social no es el mundo real de la sociedad (Wark, 2011, p. 79). La exposición de los seres humanos en el mundo virtual ha tenido como consecuencia negativa que las relaciones interpersonales se destruyan. Ello se debe, en gran medida, al uso indiscriminado de las redes sociales, exacerbado nuestra capacidad para asumir conductas, roles o personalidades ficticios, es decir, fingir y proyectar en el ciberespacio todo aquello que siempre quisimos ser en la vida real, pero que jamás pudimos realizar debido a nuestras limitaciones. Es indudable que las redes sociales además de estimular la frialdad emocional y potencializar los trastornos de identidad disociativa, violentan y separan invisiblemente a los seres humanos. Los costos de consumir información irrelevante, se traducen en tener menos margen para el intercambio de ideas y vivir una vida dentro de una burbuja de filtros que funciona como mecanismo de autopropaganda y escaparate para denotar una aparente vida feliz (Parisier, 2017, pp. 22-24).

En el plano político-democrático, bien vale la pena citar la alianza realizada entre Facebook Ireland Limited y el Instituto Nacional Electoral (INE), quienes el 3 de febrero de 2018 signaron un Memorándum de Cooperación (MoC), que si bien expresamente no constituye ni crea obligaciones vinculantes u obligatorias entre ambas partes, sí prevé la cooperación de la primera para que algunos de sus productos de participación ciudadana estén disponibles en su plataforma para sus usuarios en México, en tanto que el segundo, le proporcionara el día de la jornada electoral, información en tiempo real sobre los resultados de la votación que se generen a través del Programa de Resultados Electorales Preliminares.

Ningún cuestionamiento jurídico o suspicacia política tendría la posibilidad de que ambas partes celebraran foros y eventos relacionados en general con las elecciones –como se estableció en el apartado 3 del convenio–, tales como sesiones de aprendizaje para periodistas respecto a cómo se organizan y celebran las elecciones en México, sin embargo, debe decirse que el MoC, además de haber sido redactado con ambigüedad jurídica respecto a su objeto, quedó en tela de juicio al no encontrarse fundamentado en las disposiciones legales aplicables, sino sujeto a la Declaración de Derechos y Responsabilidades de Facebook, incluyendo todas las políticas y guías a las que hace referencia, es decir, a las condiciones del servicio que

rigen a Facebook con cada usuario, mismas que le posibilitan para que pueda retirar cualquier contenido o información que se publique, si tal empresa considera que se infringe esa Declaración o sus políticas de servicio.

LA CIBERDELINCUENCIA

La doctrina no ha tenido un criterio uniforme respecto a la conceptualización del *Computer Crime*, así por ejemplo, encontramos que se ha sostenido que es aquel conjunto de conductas criminales que se realizan a través de del ordenador electrónico, o que afectan el funcionamiento de los sistemas informáticos (Pérez, 1996, p. 70), o la realización de una acción que, reuniendo las características que delimitan el concepto de delito, sea llevada a cabo utilizando un elemento informático, o vulnerando los derechos del titular de un elemento informático, ya sea hardware o software (Davara, 1993, p. 318).

En nuestra opinión, la *Computerkriminalität* es una conducta ilícita que jurídicamente es reprochable; puesto que busca dolosamente, por una parte, vulnerar bienes jurídicos relacionados con la informática, en sus aspectos lógicos y físicos, y por otra, atentar y restringir los derechos y libertades individuales fundamentales. En suma, son conductas criminales que se caracterizan por ser altamente tecnificadas y con incalculables repercusiones económicas.

La actualización de los ordenamientos jurídicos penales en materia de delitos informáticos ha sido influenciada por la *Convention on Cybercrime*, firmada en Budapest el 23 de noviembre de 2001. A través de este convenio, los Estados miembros del Consejo de Europa establecieron una política penal común destinada a prevenir la criminalidad en el ciberespacio, mediante la adopción de una legislación apropiada y la mejora de la cooperación internacional.

De otra parte, en el ámbito del derecho penal internacional de los delitos informáticos, se encuentran las resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU): 55/63 de 4 de diciembre de 2000 y 56/121, de 19 de diciembre de 2001, sobre el establecimiento de la base jurídica para luchar contra la utilización de las tecnologías de la información con fines delictivos; 53/70 de 4 de diciembre de 1998, 54/49 de 1º de diciembre de 1999, 55/28 de 20 de noviembre de 2000, 56/19 de 29 de noviembre de 2001, y 57/53 de 22 de noviembre de 2002, sobre los avances en la esfera de la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional; y, la 57/239 de 20 de diciembre de 2002, a través de la cual se busca la creación de una cultura mundial de seguridad cibernética.

Sobre la base de esta última resolución, se pretende que los Estados miembros de la ONU sean por una parte, conscientes de la necesidad de la seguridad de los sistemas y redes de información y de lo que pueden hacer por mejorarla; y de otra, ser responsables de la seguridad de esos sistemas y redes de información en cuanto corresponde a sus funciones individuales, debiendo para ello examinar periódicamente sus políticas, prácticas, medidas y procedimientos, a fin de evaluar si son las que convienen en su contexto.

En este contexto internacionalista, la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (CMSI) constituyó la primera negociación multilateral en cuya prepa-

ración participaron de igual a igual, organizaciones no gubernamentales, gobiernos, empresas y sociedad civil; tuvo como objetivo la adopción de políticas para superar la brecha digital, es decir, para abatir desigualdades entre países ricos y pobres en el acceso Internet y las TIC.

La CMSI en sus dos fases de desarrollo, se constituyó como el foro global en el que se delinearon las políticas internacionales para la implementación y seguimiento de la SI, así como para el establecimiento de una agenda multilateral orientada a establecer mecanismos para la financiación de las TIC y la gobernanza de Internet.

No obstante que los compromisos establecidos en la CMSI están fundamentalmente orientados a abatir las desigualdades existentes entre países ricos y pobres en el acceso a Internet y las TIC, lo cierto es también que, se reconoció la necesidad de evitar que se abuse de las tecnologías y de los recursos de la información para fines delictivos y terroristas, respetando siempre los derechos humanos.

Estamos convencidos de que la SI debe promover la justicia, así como la dignidad y el valor de la persona humana, el fomento y respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de otros, incluyendo la privacidad personal y el derecho a la libertad de opinión, de conciencia y religión. Por ello, la adopción de las medidas preventivas y las acciones necesarias para su desarrollo debe realizarse con arreglo a la legislación, a fin de impedir su utilización abusiva que da lugar, entre otros, a actos ilegales motivados por el racismo, la discriminación racial, la xenofobia, y la intolerancia, el odio, la violencia que ello entraña, todo tipo de abuso infantil, incluyendo la pedofilia y la pornografía infantil, así como el tráfico y la explotación de seres humanos.

Los ataques a los derechos y libertades fundamentales, en la era de la revolución informática, se presentan como lo afirma Javier Bustamante (1999, p. 167), de manera invisible, pues su inmaterialidad les hace escapar del escrutinio público.

Así, distintos regímenes políticos buscan mantener su estabilidad política, preservar los valores sociales, culturales, espirituales e históricos de sus sociedades, limitando el ejercicio de las libertades de opinión y expresión en Internet, y actuando en el marco del derecho penal en contra de sus detractores informáticos o ciberactivistas.

En el Informe de Amnistía Internacional (2018), se señala que países como Brunei Darussalam, Chad, China, Gabón, la región del Kurdistán en Irak, Kuwait, Líbano, Senegal, Tailandia, y Zimbague son países en los cuales se penaliza la expresión de comentarios vertidos en redes sociales o aquellos realizados a través de contenidos informativos y periodísticos, por considerarse que atacan en contra del régimen de gobierno y/o los detentadores del poder.

En muchos casos, los ciberactivistas alrededor del mundo, han sido encarcelados y enjuiciados por delitos como sedición, por revelar actos de corrupción a través de redes sociales, o bien, *so pretexto* de poner en peligro la seguridad nacional.³

Sobre esto último aspecto, destaca la política de cibersoberanía que el presidente Xi Jinping ha urgido asuma la comunidad internacional, entendiéndose por esta a la obligación de las naciones para respetar el derecho de cada país a elegir su propio camino hacia el desarrollo cibernético, modelo de regulación cibernética y participar en iguales condiciones (CNN, 2017).

³ Ejemplo de lo anterior es la sentencia emitida por la Audiencia Nacional de España, en la que concluyó que los tuits del *rapero* Pablo Rivadulla Duró –conocido artísticamente como Pablo Hasél–, eran aptos para condenarlo, por segunda ocasión, por apología del terrorismo; así como también, la condena formulada por el Tribunal Supremo en contra del *rapero* Valtoryc por enaltecimiento del terrorismo e injurias a la Corona.

Para llevar a cabo esta política, el gobierno chino estableció en 2014 la 中央网络安全和信息化领导小组 (Oficina del grupo líder central para asuntos del ciberespacio), cuya función es regular, censurar, supervisar y controlar el flujo de información en Internet. Esta última circunstancia, implica la regulación, vigilancia y censura del contenido de los sitios web, tanto públicos como privados, ya sea en Internet visible como en Internet profundo.

En otras latitudes del mundo, la situación es hasta cierto punto contrastante de lo anterior. Verbigracia, los países que integran la Comunidad Económica de los Estados de África Central, en 2014 firmaron un instrumento regional denominado Convención de la Unión Africana sobre Ciberseguridad y Protección de Datos Personales, que en opinión del grupo de expertos sobre ciberlegislación y regulación para promover el comercio electrónico de la ONU, constituye un enfoque cualitativo para crear un marco jurídico digno de confianza [que] requería la gestión proactiva de los riesgos digitales, la aplicación efectiva de la ciberlegislación, el establecimiento de mecanismos de evaluación y vigilancia y la mejora continua del entorno propicio (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2015).

En este contexto de tensión entre ciberseguridad, cibersoberanía, ciberactivismo y la acción social pro defensa de los derechos humanos, México no se encuentra ausente en el Informe de Amnistía Internacional (2018, p. 312), por el contrario, ocupa un lugar especial en la agenda de preocupaciones de esta organización no gubernamental internacional, pues a propósito del *malware Pegasus*, a través del cual se presume se realizó el espionaje sobre periodistas, activistas sociales y defensores de derechos humanos, sentencia que en el periodo que abarca el informe, en México los ciberataques y la vigilancia digital eran especialmente habituales.

LA POLÍTICA DE CIBERSEGURIDAD EN MÉXICO

La sociedad informatizada (Zavala Alardín, 1990, p. 20) ha demandado el establecimiento de parámetros de planeación estratégica que permitan a los Estados y a los individuos su dirección e inserción. En este sentido, la política informática conforma el conjunto de directrices orientadas al desarrollo de la industria informática; la aplicación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el sector gubernamental con el propósito de vincularse con la ciudadanía y en el mejoramiento de la administración pública y los servicios que presta; así como para planificar el impulso, desarrollo y consolidación de los individuos en la si.

En los albores de la revolución informática, la política informática se limitaba a la regulación de los estándares industriales que permiten la fabricación, distribución, importación y exportación de equipos, programas y consumibles de cómputo, es decir, se trata de una regulación basada en estándares tecnológicos.

Con el advenimiento del ciberespacio y la multiplicidad de interacciones que se dan en su seno, evolucionó como un mecanismo de autorregulación, es decir, como un sistema que tiene como uno de sus rasgos distintivos la participación de los grupos concernientes y de la sociedad en general (Moles, 2004, p. 219). Es decir, es un mecanismo de autocontrol y autodeterminación basado en un código deontológico compartido.

En el desarrollo presente y futuro de la SI, la política informática implica la intervención del Estado para que funja como ejecutor de las directrices y programas que se establezcan a través de un instrumento de planeación estratégica orientado a la informatización de la sociedad, es decir, para lograr la inserción cuantitativa de los ciudadanos en el imparable desenvolvimiento de la infraestructura de telecomunicaciones, así como el establecimiento de los mecanismos y herramientas necesarias para generar seguridad en la red.

Vale decir que, desde un punto de vista de política comparada, México se insertó con muchos años de retraso en la vorágine que conlleva el entendimiento, desarrollo y establecimiento de una política pública orientada a la informatización de la sociedad y sobre todo de ciberseguridad. Por ejemplo, el gobierno francés del presidente Valéry Giscard d'Estaing (1974-1981), con el propósito de encontrar respuesta a los agravantes y graves desafíos, y superar las tensiones interiores de la sociedad francesa, encomendó a Simon Nora (1980, p. 7) un par de tareas: explorar y proseguir la reflexión sobre los medios de conducir la informatización de la sociedad, y, demarcar con mayor precisión el campo de estudio y la naturaleza del mandato que pudiera confiarse a una eventual comisión.

El resultado de la encomienda decanto en un informe, en el cual el Inspector General de Finanzas francés –junto con Alain Minc–, arribó a la conclusión de que las civilizaciones modernas, requieren del equilibrio y dosificación entre un ejercicio cada vez más vigoroso, aunque haya que limitarlo, de los poderes soberanos del Estado, y una creciente exuberancia de la sociedad civil (Nora y Minc, 1980, pp. 9-10).

Sin considerar que la inserción de los mexicanos en el ciberespacio haya sido una retardada tarea en el contexto global, lo cierto es que la *explosión* por interconectar al país, se dio en el año 2000, a través del proyecto e-México, en el que se consideró que la revolución de la información y las comunicaciones tenga un carácter verdaderamente nacional y se reduzca la brecha digital entre los gobiernos, las empresas, los hogares y los individuos, con un alcance hasta el último rincón de nuestro país.

En esta tesitura, el Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006 (Presidencia de la República, 2001) estableció que la utilización de computadoras ha posibilitado la modernización de las actividades educativas, comerciales, industriales y de servicios. Sin embargo, las oportunidades en su aprovechamiento son dispares, atendiendo a las edades, grados educativos y niveles de ingreso. La situación en el caso de la telemática es aún menos equitativa, por los contrastes existentes en las posibilidades de acceso a Internet.

En este sexenio se estableció el Programa de Desarrollo Informático 2001-2006 (INEGI, 2002, p. 5), a través del cual se impulsó el Sistema e-México, el cual estaba abocado a coadyuvar a la creación de una infraestructura de acceso a la red mundial de comunicaciones, que acercara a la gran mayoría de los mexicanos a la información electrónica.

En el sexenio 2006-2012 se reconoció que México era el único país de la OCDE que no contaba con una política pública en materia de informática orientada a fomentar la SI. Por tal motivo, la Asociación Mexicana de Internet (2011, p. 5) propuso una Agenda Digital Nacional con el objetivo de definirla e identificar las propuestas de políticas públicas necesarias para impulsar la innovación y competitividad de México, a través del uso de las tecnologías de información y comunicaciones, incluyendo el Internet y la banda ancha.

Con posterioridad, esta propuesta fue retomada por el Gobierno de la República, a través de una estrategia de política pública denominada *AgendaDigital.mx* (SCT, 2012, p. 4), cuyo objetivo central era la articulación y coordinación de acciones que los actores públicos y privados deberían realizar para que el país pueda obtener el mayor beneficio de las TIC a favor del desarrollo, la productividad y la competitividad.

Teniendo a cuenta una dilatada asimilación del fenómeno informático, en el sexenio 2012-2018, se impulsó la reforma de los artículos 6, 7, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mejor conocida como reforma estructural en materia de telecomunicaciones, por la cual se reconoció el derecho fundamental de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet.

Este derecho fundamental supone un hito constitucional para catapultar a la sociedad mexicana a la sociedad de la información y el conocimiento, mediante el establecimiento de políticas de inclusión digital universal, en donde la radiodifusión y las telecomunicaciones, amén de ser servicios públicos de interés general, se declaran áreas de rectoría económica del Estado.

Hoy día, la política de inclusión digital se viene desarrollando a través del proyecto México conectado, el cual provee conectividad en los sitios y espacios públicos, tales como escuelas, centros de salud, bibliotecas, centros comunitarios o parques, en los ámbitos de gobierno federal, estatal y municipal.

A efecto de hacer materializar este “novísimo” derecho fundamental, se ha establecido una Estrategia Digital Nacional que plantea cinco objetivos y cinco habilitadores transversales.

Específicamente en el habilitador “Inclusión y Habilidades Digitales”, se establecen una serie de iniciativas, entre las que destacan las necesarias para la seguridad digital; en ella se plantea desarrollar proyectos que generen habilidades para la prevención de conductas delictivas contra niñas, niños y adolescentes, entre otros, ciberbullying, sexting, pornografía infantil y actos de violencia, en coordinación con las dependencias e instituciones competentes.

En tanto que en el habilitador “Marco jurídico” se establece la necesidad de armonizar la legislación para propiciar legalidad, certeza, seguridad y confianza a los individuos, las empresas y el gobierno en el uso de las TIC; es decir, para establecer una gobernanza de las TIC, situación que invariablemente implica la revisión de la legislación penal específica de los delitos informáticos.

Desde la perspectiva de la experiencia internacional, estos ilícitos se investigan por unidades especializadas, como son el *Federal Bureau of Investigation* en los Estados Unidos de Norteamérica, la División de Investigación de Delitos de Alta Tecnología de la Policía Nacional del Perú, el Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil Española, entre otros.

En el caso de México, la Policía Federal cuenta con la Policía Cibernética, cuyos esfuerzos se concentran en realizar acciones preventivas en materia de delitos cometidos en Internet, así como a la prevención y atención de denuncias de delitos contra menores. Básicamente sus actividades se orientan a identificar y desarticular organizaciones criminales de pedófilos, bandas internacionales de prostitución, que utilizan sistemas informáticos como medio de promoción y sobre todo de reclutamiento; así como investigar el fraude cibernético, piratería de software, intrusión

a sistemas de cómputo, hackeo, venta de armas y drogas por Internet y el ciberterrorismo.⁴

En este tipo de actividades, destaca su participación en la denominada *Operación Azahar*. A través de la cual la Guardia Civil Española en colaboración con las policías de Argentina, Brasil, Chile, Venezuela, República Dominicana, Panamá, EE.UU., Francia, Reino Unido, Polonia, Lituania, Letonia, Estonia, Ucrania e Israel, logró la mayor actuación policial internacional coordinada contra la distribución de pornografía infantil a través de las redes *peer to peer*.

Además de la Policía Cibernética, entidades federativas como Baja California, Ciudad de México, Estado de México, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán de Ocampo, Nuevo León y Yucatán, cuentan con unidades similares.

Ante la proliferación de estas Unidades Especializadas adscritas a las Procuradurías o Fiscalías Generales de Justicia Estatales, la Policía Federal desarrolló en el 2014 un Modelo de Policía Cibernética, cuyo fin es atender la Política de Seguridad Nacional del Estado Mexicano, la cual tiene como una de sus acciones impulsar, mediante la realización de estudios e investigaciones, iniciativas de ley que den sustento a las actividades de inteligencia civil, militar y naval, para fortalecer la cuarta dimensión de operaciones de seguridad: ciberespacio y ciberseguridad.

En esta tesitura, el gobierno federal ha establecido su visión sobre la ciberseguridad en el documento Estrategia Nacional de Ciberseguridad (2017, p. 4), cuyo objetivo general es identificar y establecer las acciones en materia de ciberseguridad aplicables a los ámbitos social, económico y político que permitan a la población y a las organizaciones públicas y privadas, el uso y aprovechamiento de las TIC de manera responsable para el desarrollo sostenible del Estado Mexicano.

La Estrategia Nacional de Ciberseguridad planteó que, en el 2030, México sea una nación resiliente ante los riesgos y amenazas en el ciberespacio que aprovecha con responsabilidad el potencial de las TIC para el desarrollo sostenible en un entorno confiable para todos.

La estrategia reconoció a través de su eje transversal Marco jurídico y autorregulación la necesidad de adecuar el marco jurídico con el objetivo específico de homologar y armonizar la legislación penal en materia de delitos informáticos, así como dotar a las instancias encargadas de la procuración de justicia de las herramientas necesarias para su adecuada persecución.

Sin el propósito de menospreciar la visión que tiene la Estrategia Nacional de Ciberseguridad, vale advertir que omitió la importantísima labor que desempeñan otros operadores jurídicos, como es el caso de los abogados, especialista en materia de TIC y las instancias encargadas de la administración de justicia, es decir, de los litigantes, peritos particulares y los jueces que intervengan en los casos en que se busque enjuiciar a los presuntos responsables, pues por una parte, serán quienes en primera instancia analizarán y dictaminarán sobre la autenticidad y validez de indicios y pruebas vinculadas a crímenes informáticos, y en segunda, los que habrán de juzgar sobre el bien jurídico protegido, y en su caso, imponer la sanción que conforme a la legislación penal corresponda.

⁴ El término se ha empleado fundamentalmente para hacer referencia a la posibilidad de que sean atacados tanto los sistemas de información como las redes de datos o que estos sean utilizados por y para perpetrar actos terroristas. Vid. Secciones 223 y 224 de la Homeland Security Act of 2002.

LEGISLACIÓN SOBRE CIBERDELINCUENCIA EN MÉXICO

La informatización de la sociedad y los fenómenos ilícitos que se desarrollan en el ciberespacio, han demandado la actualización de los marcos legales a nivel mundial, ello con el fin de reconstruir las hipótesis jurídicas existentes o construir nuevas categorías de conductas criminales frente al uso de la informática. Indudablemente, el ordenamiento jurídico mexicano no ha sido excepción.

En este contexto, nos referiremos, al sistema de regulación jurídica, que en su contenido y aplicación imbrica los principios y postulados del derecho penal al uso ilícito de la informática y las TIC, con el propósito es brindar seguridad jurídica a los usuarios, entidades y organizaciones respecto de distintos bienes jurídicos informáticos.

La *Convention on Cybercrime* estima que la lucha contra la ciberdelincuencia requiere una cooperación internacional reforzada, rápida y eficaz en materia penal, por lo que prevé diversas medidas que a nivel nacional deben adoptarse para hacer frente a esta fenomenología de cuello blanco, entre ellas la adecuación del marco jurídico para considerar los siguientes cuatro tipos de infracciones.

En primer lugar, establece las infracciones contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos, mismas que se efectúan a través del acceso ilícito, la interceptación ilícita, ataques a la integridad de los datos y la integridad del sistema; pero también por el abuso de los dispositivos equipos e instrumentos técnicos.

En un segundo apartado se prevén a la falsificación y el fraude informático como Delitos Informáticos. En el tercero se establecen los delitos relacionados con el contenido, es decir, las conductas relativas a la pornografía infantil. Finalmente, establece las infracciones vinculadas a los atentados a la propiedad intelectual y a los derechos afines.

En el caso específico de México, el acceso no autorizado e ilícito a equipos y sistemas de informática, interceptación ilícita, atentados contra la integridad de los datos y atentados contra la integridad del sistema se encuentran regulados en los artículos 180 y 181 fracción I del Código Penal para el Estado de Aguascalientes; 175 Ter, 175 Quáter y 175 Quinquies del Código Penal para el Estado de Baja California; 356 fracción V y 364 fracción I del Código Penal para el Estado de Baja California Sur; 405 fracción V, 440 y 442 del Código Penal para el Estado de Chiapas; 327 Bis del Código Penal para el Estado de Chihuahua; 336 fracción V del Código Penal para el Distrito Federal (Ciudad de México); 281 Bis fracciones I y II, 281 Bis 1 y 281 Bis 2 fracción I del Código Penal para el Estado de Coahuila; 201 fracción V del Código Penal para el Estado de Colima; 175 Bis fracción I y 400 fracción IV del Código Penal para el Estado de Durango; 174 fracción V del Código Penal para el Estado de México; 231 fracción II del Código Penal para el Estado de Guanajuato; 238 fracción XI y 344 fracción V del Código Penal para el Estado de Guerrero; 265 Bis fracción V del Código Penal para el Estado de Hidalgo; 143 Ter, 143 Quáter fracción I y 170 Bis fracción III del Código Penal para el Estado de Jalisco; 296 fracción V del Código Penal para el Estado de Michoacán; 148 Quáter fracción I y 189 Bis fracción I del Código Penal para el Estado de Morelos; 412 párrafo primero del Código Penal para el Estado de Nayarit; 225 Bis 2, 226, 241 Bis fracción V, 395

fracción X y 427 del Código Penal para el Estado de Nuevo León; 245 Bis fracción V del Código Penal para el Estado de Puebla; 159 Ter párrafo primero, 159 Quáter párrafo primero y 232 Bis fracción III del Código Penal para el Estado de Querétaro; 189 Bis fracción IV del Código Penal para el Estado de Quintana Roo; 231 último párrafo del Código Penal para el Estado de San Luis Potosí; 177 Bis A, 217 fracción I y 271 Bis fracción IV del Código Penal para el Estado de Sinaloa; 326 Bis del Código Penal para el Estado de Tabasco; 207 Quáter y 400 fracción V del Código Penal para el Estado de Tamaulipas; 314 fracciones I y II, 316 fracción I y 397 fracción V del Código Penal para el Estado de Tlaxcala; 181 fracción I del Código Penal para el Estado de Veracruz; 165 Sexies fracción I y 284 Bis fracción V del Código Penal para el Estado de Yucatán; 192 Bis del Código Penal para el Estado de Zacatecas; y, 211 Bis 1, párrafo segundo, 211 Bis 2, párrafo tercero, 211 bis 3, párrafos segundo y tercero, 211 bis 4 párrafo segundo y 211 bis 5 párrafo segundo del Código Penal Federal.

Entre las conductas ilícitas que encuadran en esta descripción, se encuentra el *Hacking*, la cual se caracteriza por el acceso no autorizado a un equipo o sistema informático. En el debate que representa la tipificación de los denominados Delitos Informáticos y en particular del *hacking*, se ha llegado a señalar la existencia de un tipo penal de acceso no autorizado simple y otro agravado, es decir, la conducta se agrava si tiene por objeto la producción de daños, que la intrusión tenga un fin específico, que a consecuencia de ello se tenga un resultado específico y, que la conducta tenga por objeto la violación de derechos intelectuales (Cámpoli, 2004, pp. 29-35) (Cámpoli, 2003, pp. 33-42) (Morón Lerma, 2000, p. 36) (Palazzi, 2000, pp. 85 y ss.).

De igual forma, la instalación de *sniffers* o *rastreadores* encajan en esta tipología, ya que suelen ser usados para penetrar en el disco duro de los ordenadores conectados a la red, buscando cierto tipo de información (Morón Lerma, 2000, p. 85).

En cuanto a las conductas relativas al abuso de equipos e instrumentos técnicos, se ubican conductas como los *Evil twins* y el *spyware*, o programas espía que se instalan en las computadoras personales para conocer los hábitos y actividades de familiares o empleados.

Estos ilícitos se encuentran regulados en diferentes términos y modalidades en los artículos 181 fracción II, 180 y 190 fracción XIV del Código Penal para el Estado de Aguascalientes; 175 Bis y 175 Quinquies del Código Penal para el Estado de Baja California; 338 del Código Penal para el Estado de Baja California Sur; 281 Bis y 281 Bis 2 del Código Penal para el Estado de Coahuila; 201 fracciones VI y VII, 234 fracción V y 290 fracción III del Código Penal para el Estado de Colima; 284 Bis inciso c), 326, 327, 327 Bis y 327 Ter del Código Penal para el Estado de Chihuahua; 439 párrafos primero y segundo, 440 y 441 del Código Penal para el Estado de Chiapas; 327 Bis del Código Penal para el Estado de Chihuahua; 336 fracciones IV y VI y 355 del Código Penal para el Distrito Federal (Ciudad de México); 175 Bis fracción I y 400 fracciones VI y VII del Código Penal para el Estado de Durango; 231 fracción I y V, y 234-A fracciones I, III, IV y VI del Código Penal para el Estado de Guanajuato; 344 del Código Penal para el Estado de Guerrero; 265 Bis del Código Penal para el Estado de Hidalgo; 143 Bis, 143 Ter, 143 Quáter fracción I, 170 bis del Código Penal para el Estado de Jalisco; 174 fracciones IV y VI del Código Penal para el Estado de México; 148 Quáter fracción I y 189 Bis fracción I del Código Penal para el Estado de Morelos; 296 del Código Penal para el Estado

de Michoacán; 412 párrafo segundo del Código Penal para el Estado de Nayarit; 178 fracciones I y II, 242 bis, 428 y 429 del Código Penal para el Estado de Nuevo León; 165 Ter fracción II del Código Penal para el Estado de Oaxaca; 477 y 478 del Código Penal para el Estado de Puebla; 159 Bis y 232 Bis del Código Penal para el Estado de Querétaro; 189 bis del Código Penal para el Estado de Quintana Roo; 217 fracción II del Código Penal para el Estado de Sinaloa; 326 Bis del Código Penal para el Estado de Tabasco; 207 bis, 207 Ter, 207 Quater, 207 Quinquies, 207 Sexies y 400 fracción IV del Código Penal para el Estado de Tamaulipas; 181 fracción I del Código Penal para el Estado de Veracruz; 243 Bis 2 fracción I del Código Penal para el Estado de Yucatán; 167 fracción VI, 168 Bis fracción I, 211 Bis, 211 Bis 1, 211 Bis 2, 254 Bis 1, 424 y 426 fracción II del Código Penal Federal; 112 bis y 113 bis 2 inciso b) de la Ley de Instituciones de Crédito; y, 376 fracciones IV y V de la Ley del Mercado de Valores.

Otras infracciones informáticas previstas en la Convención de Budapest son la falsificación y la estafa informática.

La primera se constituye como una conducta ilícita que tiene por objeto la indebida modificación, alteración o imitación de los originales de cualquier dato, archivo o elemento intangible contenido en sistema de redes de computadoras, base de datos, soporte lógico o programas; además, se combate la utilización o el aprovechamiento en cualquier forma de los bienes informáticos falsificados con conocimiento de esta circunstancia.

En este hecho delictivo encuadra el *Pharming*, y se presenta cuando un criminal informático desvía a un consumidor hacia una página electrónica apócrifa, aún y cuando el usuario haya escrito correctamente la dirección electrónica de la empresa con que desea contactar.

Así mismo, el *Phishing* constituye una conducta a través de la cual, mediante el envío de correos electrónicos o direccionamiento portales de Internet falsos, que en apariencia son enviados por instituciones con las cuales una persona tiene contacto, *v. gr.* un banco, pero dichos mensajes son disfrazados por redes bien organizadas de delinquentes informáticos que se hacen pasar por la institución con la que se está acreditado, y en el cual piden al usuario que actualice sus datos. Sin embargo, el usuario no estará actualizando sus datos, sino más bien proporcionándoselos a la delincuencia informática.

Este delito se encuentra previsto en los artículos 161 del Código Penal para el Estado de Aguascalientes; 259 del Código Penal para el Estado de Baja California; 335 y 356 del Código Penal para el Estado de Baja California Sur; 240 fracción IX del Código Penal para el Estado de Campeche; 405 del Código Penal para el Estado de Chiapas; 255 del Código Penal para el Estado de Colima; 400 fracciones I y II del Código Penal para el Estado de Durango; 167, 168 fracciones II, III, V y XI, 170 y 174 fracciones I y VI del Código Penal para el Estado de México; 234-a fracción II del Código Penal para el Estado de Guanajuato; 344 fracción VIII del Código Penal para el Estado de Guerrero; 265 Bis fracción I del Código Penal para el Estado de Hidalgo; 170 bis fracción I del Código Penal para el Estado de Jalisco; 296 fracciones I y VIII del Código Penal para el Estado de Michoacán; 220 Bis del Código Penal para el Estado de Morelos; 242 Bis fracciones I, II, III y IV del Código Penal para el Estado de Nuevo León; 245 Bis fracciones I, II, III y IV del Código Penal para el Estado de Puebla y 232 Bis fracción I del Código Penal para el Estado de Querétaro.

Por su parte, la estafa informática se caracteriza por la producción de un perjuicio patrimonial a otro, de forma dolosa y sin autorización, a través de: la

introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos; o, cualquier forma de atentado al funcionamiento de un sistema informático, con la intención, fraudulenta o delictiva, de obtener sin autorización un beneficio económico para sí mismo o para tercero.

En esta tipología, encuadra el *Spamming*. De acuerdo al reporte de legislación anti-spam elaborado por el *Task Force on Spam* de la OCDE (2006), tiene como objetivo conocer la naturaleza y facultades que tienen las autoridades gubernamentales, respecto a la imposición de las leyes aplicables al envío de información electrónica no solicitada.

El *Task Force on Spam* tiende a constituirse en una base que permita considerar a los países miembros de la OCDE, cómo es posible mejorar la capacidad de las agencias gubernamentales, frente a las quejas de los usuarios por el spam y cómo lograr la cooperación conjunta con terceros países.

En el reporte se da cuenta de que 19 países miembros de la OCDE, han adecuado su marco jurídico o bien han adoptado leyes específicas para la regulación del spam. Ahí mismo, se da cuenta de que tres países miembros se encuentran pendientes de emitir su legislación al respecto. Cinco Estados miembros usan las reglas y principios legales previamente existentes, para combatir la amplia gama de conductas criminales que se realizan a través de los servicios de correo electrónico, SMS, mensajes electrónicos instantáneos, fax, voz IP.

Reconoce que el spam es un problema de carácter internacional y que sólo mediante el establecimiento de políticas y legislaciones transfronterizas será posible contar con las herramientas legales necesarias que permitan un combate exitoso a nivel mundial.

El reporte indica que las conductas realizadas por los *spammers* violan leyes sobre la protección al consumidor, leyes penales, leyes de protección de datos personales y leyes de telecomunicaciones.

Concluye que, en las leyes de los Estados miembros, se concentra el espíritu de las leyes anti-spam.

En el contexto de la legislación penal de las entidades federativas, la estafa informática se prevé en los artículos 241 fracción X del Código Penal para el Estado de Baja California Sur; 304 fracción XXIV del Código Penal para el Estado de Chiapas; 231 fracción XIV del Código Penal para el Distrito Federal (Ciudad de México); 211 fracción XXII del Código Penal para el Estado de Durango; 181 fracción I y 217 del Código Penal para el Estado de Veracruz; 226 Bis del Código Penal para el Estado de Chihuahua; 201 fracciones III y IV del Código Penal para el Estado de Colima; 400 fracción III del Código Penal para el Estado de Durango; 238 fracción XI del Código Penal para el Estado de Guerrero; 265 Bis fracción IV del Código Penal para el Estado de Hidalgo; 174 fracciones II y III del Código Penal para el Estado de México; 245 Bis párrafo segundo del Código Penal para el Estado de Puebla; y, 217 fracción I del Código Penal para el Estado de Sinaloa.

Como se apuntó líneas arriba, la Convención de Budapest contiene una tercera categoría de ilícitos, relativas a ciertos contenidos identificados como pornografía infantil, consistentes en su producción con la intención de difundirla a través de un sistema informático; su ofrecimiento o la puesta a disposición a través de un sistema informático; su difusión o transmisión a través de un sistema informático; procurarse o procurarla a otro a través de un sistema informático; o su posesión en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos.

Este reprochable delito que atenta contra la infancia y la niñez, se encuentra regulado en los artículos 1 del Código Penal para el Estado de Aguascalientes; 262 del Código Penal para el Estado de Baja California; 173 fracción I y II del Código Penal para el Estado de Baja California Sur; 170, 171 y 172 del Código Penal para el Estado de Colima; 333 del Código Penal para el Estado de Chiapas; 187 y 188 del Código Penal para el Distrito Federal (Ciudad de México); 170, 171 y 172 del Código Penal para el Estado de Colima; 236 del Código Penal para el Estado de Guanajuato; 173 del Código Penal para el Estado de Guerrero; 142-D y 142-H del Código Penal para el Estado de Jalisco; 204 fracción III y 206 del Código Penal para el Estado de México; 158 y 159 del Código Penal para el Estado de Michoacán; 212 del Código Penal para el Estado de Morelos; 201 Bis del Código Penal para el Estado de Nuevo León; 195 del Código Penal para el Estado de Oaxaca; 220 y 222 del Código Penal para el Estado de Puebla; 192 Bis del Código Penal para el Estado de Quintana Roo; 194 bis fracciones I, II, III, IV y V del Código Penal para el Estado de Tamaulipas; 211 del Código Penal para el Estado de Yucatán; 183 bis fracciones I y II del Código Penal para el Estado de Zacatecas; y, 200 párrafo primero, 202, 202 bis y 203 párrafo primero del Código Penal Federal.

Finalmente, concluye la Convención con las infracciones vinculadas a los atentados a la propiedad intelectual y a los derechos afines, es decir, la lucha contra la fabricación y venta no autorizada de contenidos protegidos por los derechos de autor o los derechos conexos, se resume en el combate frontal a la piratería, lo cual incluye la lucha contra la imitación de productos originales.

En esta conducta se ubica el *Cracking*. A diferencia del *hacker*, el *cracker* desconoce los sistemas informáticos y sus retos se limitan a la vulneración del software comercial acometiendo conductas de piratería informática (Morón Lerma, 2000, p. 32).

Al ser una materia de competencia federal, estas infracciones se encuentran previstas y sancionadas en los artículos 424 bis fracciones I y II, 426 fracción II y 429 del Código Penal Federal.

Finalmente, observamos que la actualización del marco jurídico no solamente se ha generado a través del proceso legislativo, pues la justicia constitucional ha desarrollado pautas interpretativas que orientan la interpretación de la ley frente al fenómeno que venimos tratando.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido el *principio de restricción mínima posible*, consistente en el deber del Estado para tomar todas las medidas necesarias para fomentar la independencia de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, en especial de Internet, para el intercambio de ideas y opiniones, y asegurar a los particulares su acceso.

Partiendo del derecho internacional de los derechos humanos, reconoce que, en el orden jurídico nacional, existe el principio relativo a que el flujo de información por Internet debe restringirse lo mínimo posible, esto es, en circunstancias excepcionales y limitadas, previstas en la ley, para proteger otros derechos humanos, como es la libertad de expresión y opinión.

Sin embargo, este criterio orientador contenido en la tesis aislada de jurisprudencia 2a. CII/2017 (10a.), no es del todo absoluto, ya que en la diversa tesis aislada 2a. CIV/2017 (10a.), el máximo tribunal mexicano estableció que el *principio de restricción mínima posible*, cuyo parámetro de regularidad es el no bloqueo excesivo de las páginas de Internet y el fomento de la libertad informática en el ciberespacio para el ejercicio adecuado de los derechos humanos, encuentra límite cuando las

opiniones o expresiones sean prohibidas, es decir, cuando devengan en un delito, tales como la incitación al terrorismo; la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia –difusión del “discurso de odio” por Internet–; la instigación directa y pública a cometer genocidio; la pornografía infantil o cuando la totalidad de los contenidos de una página web resulte ilegal.

Es posible que al amparo de las libertades de expresión y opinión se difundan ciertos contenidos ilícitos o presuntamente delictivos en Internet, circunstancia que obliga al establecimiento de parámetros penales e informáticos para su bloqueo o censura, situación que tanto la política como la legislación informática pasan por alto. Sin embargo, los ejercicios legislativos actuales en México distan mucho de equilibrar el establecimiento de una Estrategia Nacional de Ciberseguridad en la que se promueva la libertad de expresión en las relaciones sociales en masa por medios tecnológicos y la necesaria prevención derivada por su mal uso.

CONCLUSIONES

La *Convention on Cybercrime* constituye un marco de referencia global para el establecimiento de un marco jurídico estandarizado y homologado en materia de Delitos Informáticos.

En el caso de México –que aún continúa analizando su adhesión a la Convención de Budapest– el marco jurídico aplicable a los Delitos Informáticos, aunque si bien presenta avances significativos, lo cierto es que los códigos penales de las entidades federativas y los ordenamientos que en el ámbito federal contienen disposiciones relativas a estos ilícitos, contienen complejidades epistemológicas y hermenéuticas interpretativas.

Arribamos a esta conclusión, como resultado de un profuso análisis de la sintáctica, la semántica y la pragmática legislativa empleada para su tipificación y penalización.

Apartados de la singularidad política que conlleva el discurso del legislador ante cada creación normativa, atribuimos las complicaciones epistemológicas y hermenéuticas al desconocimiento del referente internacionalista que orienta la toma de decisiones en materia de Delitos Informáticos, pues *v. gr.* ilícitos como el acceso no autorizado a equipos y sistemas informáticos se considera como robo calificado (Aguascalientes).

Es de reconocer que las preocupaciones de los legisladores han gravitado en dar respuesta a ciertos reclamos sociales ante la comisión de delitos en los que la informática es un objeto o un instrumento para su comisión, tal es el caso del *sexting*, que es considerado como un delito contra la intimidad y la imagen (Baja California) o bien, como un delito de ultrajes a la moral o a las buenas costumbres e incitación a la prostitución (Jalisco). En otros casos, se observa que la producción legislativa se ha orientado hacia conductas lacerantes como la extorsión informática y telefónica como agravante (Aguascalientes, Baja California, Campeche, Chiapas, Ciudad de México, Colima, Durango, Estado de México, Nayarit, Oaxaca y Querétaro), el chantaje informático (Nuevo León), el secuestro cuando para su

comisión se empleen redes, sistemas informáticos o cualquier otro medio de alta tecnología, que facilite la consecución de los propósitos del secuestrador (Coahuila, Jalisco y Querétaro), o en sus modalidades equiparada (Baja California) y exprés (Oaxaca); el terrorismo (Baja California y Morelos), el uso indebido de información sobre actividades de las instituciones de seguridad pública, de procuración e impartición de justicia, así como las del sistema penitenciario (Colima y Estado de México), entre otros.

No proponemos la adecuación de la normativa penal a través de un tipo específico, es decir, la rotulación de un capítulo denominado Delitos Informáticos –varios códigos penales nacionales lo prevén en ese sentido–, ni insistimos en la necesaria homogeneidad en el establecimiento de sanciones privativas de libertad, en los requisitos de procedibilidad para su persecución, en la uniformidad para tipificarlos como delito grave o la impostergable tarea de prevenirlos mediante la educación y la generación de una cultura informática. Nuestra propuesta no es legislativa ni política, consiste en llamar la atención sobre la existencia de una hermenéutica penal que no conduzca a errores en la persecución de la criminalidad informática o la estigmatización de los ciberciudadanos, de ello dependerá en gran medida su enjuiciamiento y sanción, el desarrollo de la SI orientada a la competitividad económica, social y cultural de los mexicanos, así como al cumplimiento de los objetivos y el alcance de las metas establecidas en los instrumentos de planeación estratégica, lo cuales, en una visión de conjunto deberán actuar en el marco constitucional de promoción, respeto, protección y garantía de los Derechos Humanos y el necesario equilibrio entre informatización de la sociedad con los valores del Estado constitucional.

Bajo este marco, es imprescindible generar entre los ciudadanos una cultura de civilidad digital, es decir, de uso y aprovechamiento racional, ético, responsable e informado de las TIC, a efecto de que no solamente conozcan los riesgos de la informatización de la sociedad y las consecuencias de los ilícitos en la red, a la vez, deberá influirse positivamente para que coadyuven en la gobernanza de la red.

Finalmente, concluimos que México tiene ante sí un reto de gran envergadura en el cumplimiento de un deber global para garantizar la ciberseguridad de los ciudadanos y de las instalaciones estratégicas del desarrollo nacional, así como las de carácter económico, financiero, policial, militar y naval, de ahí la importancia de una correcta epistemología y hermenéutica penal informática que permita una paulatina adecuación del marco jurídico para adherirse a la Convención de Budapest sobre ciberdelincuencia, pues las guerras del futuro y el choque de civilizaciones en esos sectores se disputan hoy en el ciberespacio.

REFERENCIAS

1. A.A. V.V. (1999). Derechos Humanos: La condición humana en la sociedad tecnológica. En González R. Arnaiz, Graciano (coord.). *Derechos humanos y discurso político, Derechos Humanos: La condición humana en la sociedad tecnológica*. Madrid: Tecnos.
2. Amnesty International Ltd. (2018). Informe 2017/18, London.

3. Asociación Mexicana de Internet et al. (2011). *Agenda Digital Nacional*, ADN, México.
4. Bodenheimer, E. (1994). *Teoría del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
5. Bustamante, J. (1999). Derechos Humanos en el ciberespacio, en González R. Arnaiz, Graciano (coord.), *Derechos Humanos: La condición humana en la sociedad tecnológica*. Madrid: Tecnos, pp. 164-182.
6. Cámpoli, G. A. (2003). *Derecho Penal Informático*. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas.
7. Cámpoli, G. A. (2004). *Principios de Derecho penal Informático*. México: Ángel Editor.
8. Carrascosa, J. L. (2003). *Información: de la Sociedad de la Información a la Sociedad del Conocimiento*. Madrid: Ediciones Arcadia.
9. CNN (2017). Xi Jinping pide 'soberanía cibernética' para regular internet según su conveniencia, Internet. Recuperado de <http://cnnespanol.cnn.com/2015/12/16/xi-jinping-pide-soberania-cibernetica-para-regular-internet-segun-su-conveniencia/#0>.
10. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2015). *Informe de la Reunión de Expertos sobre Ciberlegislación y Regulación para Promover el Comercio Electrónico con Estudios de Casos y Análisis de Experiencias*, Ginebra.
11. Consejo de Europa (2001). *Convención sobre Ciberdelincuencia*. Budapest.
12. Consejo de Europa (2007). *Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual*. Lanzarote.
13. Consejo de Europa (2003). *Protocolo relativo a la penalización de actos de naturaleza racista y xenófoba cometidos a través de sistemas informáticos*. Estrasburgo.
14. Consejo Nacional de Seguridad Pública (2016). Acuerdo 12/XL/16, México, Internet. Recuperado de http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5452136&fecha=09/09/2016.
15. Consejo Nacional de Seguridad Pública (2016). Acuerdo 06/XLI/16, México, Internet. Recuperado de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5468583&fecha=04/01/2017.
16. Davara Rodríguez, M. Á. (1993). *Derecho Informático*. Pamplona: ARANZADI.
17. Department of Homeland Security. *Homeland Security Act of 2002*.

18. Diario Oficial de la Unión Europea (2005). *Decisión Marco 2005/222/JAI*, Bruselas.
19. Eco, U. (2016). *De la estupidez a la locura. Crónicas para el futuro que nos espera*. México: LUMEN.
20. Estrategia Nacional de Ciberseguridad (2017). México. Recuperado de <https://www.gob.mx/gobmx/documentos/estrategia-nacional-de-ciberseguridad>.
21. Federal Bureau of Investigation. White-Collar Crime, Internet, 2017. Recuperado de <https://www.fbi.gov/investigate/white-collar-crime>.
22. Fix, F. H. (1990). *Informática y documentación Jurídica*. México: UNAM.
23. Friedman, Lawrence M. (1993). *Hacia una sociología jurídica de los noventas. Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, (12). Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, pp. 55-57.
24. García Máyne, E. (1999). *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico e Iusnaturalismo*. México: Fontamara.
25. Goodman, M. (2003). *Cibercriminalidad*. México: INACIPE.
26. González R. Arnaiz, G. (1999) (coord.). *Derechos humanos y discurso político, Derechos Humanos: La condición humana en la sociedad tecnológica*. Madrid: Tecnos.
27. Gordon, Graham (2001). *Internet: Una indagación filosófica*. Madrid: Ediciones Cátedra.
28. Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) (2002). *Programa de Desarrollo Informático 2001-2006*, México: INEGI.
29. Instituto Nacional Electoral (INE) (2017). Conoce el convenio de colaboración firmado entre el INE y Facebook, México. Recuperado de <http://centralectoral.ine.mx/2018/02/13/conoce-el-convenio-de-colaboracion-firmado-entre-el-ine-y-facebook/>.
30. Moles Plaza, R. J. (2004). *Derecho y Control de Internet. La regulabilidad de Internet*. Barcelona: Ariel.
31. Morón Lerma, E. (1999). *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la Red*. Pamplona: ARANZADI.
32. Nora, S. y Minc, A. (1980). *La Informatización de la sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.
33. OECD (1984). *Computer related criminality: analysis of legal policy in the OECD Area*, ICCP.

34. OECD (2006). *Report of the OECD task force on spam: anti-spam toolkit of recommended policies and measures*.
35. Palazzi, P. A. (2000). *Delitos Informáticos*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
36. Parent Jacquemin, J. (1986). *Eros y Ethos Informáticos*. México: UAEM.
37. Parisier, E. (2017). *El Filtro burbuja*. México: Taurus.
38. Pérez Luño, A. E. (2004). *¿Ciberciudadaní@ o ciudadanía.com?* Barcelona: Gedisa.
39. Pérez Luño, A. E. (1987). *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho: El impacto socio-jurídico de las N.T. de la información*. Madrid: Fundesco.
40. Piña Libián, H. R. (2008). *El derecho a la autodeterminación informativa y su garantía en el ordenamiento jurídico mexicano*. México: Infoem. Recuperado de: https://www.infoem.org.mx/doc/publicaciones/2008/PET_2006.pdf.
41. Postman, N. (1994). *Tecnópolis: la rendición de la cultura a la tecnología*. Barcelona: Círculo de Lectores.
42. Presidencia de la República (2001). *Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006*, México. Recuperado de <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/89909/PlanNacionaldeDesarrollo2000-2006.pdf>.
43. Presidencia de la República (2013). *Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018*. México. Recuperado de <http://pnd.gob.mx/>.
44. Presidencia de la República (2014). *Programa Nacional de Seguridad Pública 2014-2018*. México. Recuperado de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5343081&fecha=30/04/2014.
45. Presidencia de la República (2014). *Programa para la Seguridad Nacional 2014-2018*. México. Recuperado de <http://www.presidencia.gob.mx/wp-content/uploads/2014/05/Programa-para-la-Seguridad-Nacional-Versio%CC%81n-Final.pdf>.
46. Presidencia de la República (2013). *Programa para un Gobierno Cercano y Moderno 2013-2018*. México. Recuperado de <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/3114/programa-para-un-gobierno-cercano-y-moderno.pdf>.
47. Roszak, T. (1990). *El culto a la información*. México: Grijalbo-CONACULTA.
48. Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT) (2012). *Agenda Digital.mx*, México: SCT.
49. Wark, J. (2011). *Manifiesto de Derechos Humanos*. España: Baratalia.
50. Zavala Alardín, G. (1990). *La Sociedad Informatizada ¿Una nueva utopía?* México: Trillas.

Principio *pro persona*, como criterio hermenéutico de la interpretación de las normas sobre derechos humanos

Pro persona principle, as a hermeneutic criteria for the interpretation of the rules on human rights

HÉCTOR MARTINIANO APARICIO GONZÁLEZ*

Resumen

El principio *pro persona*, como criterio hermenéutico de la interpretación de las normas de los derechos humanos. Se determinará su concepto, reglas principales de preferencia relativas al principio *pro persona*, características, supuestos de aplicación, finalidad, vinculación del principio *pro persona* con otros principios de interpretación favorable (retroactividad de la ley, *in dubio pro reo*, *in dubio pro operario*, interés superior del menor, opinión del menor, suplencia de la queja), así como las normas nacionales e internacionales que establecen este principio. Finalmente se arriban a las conclusiones del principio *pro persona* en la aplicación de las normas de derechos humanos.

Palabras clave

Pro persona, hermenéutica, interpretación, normas y derechos humanos.

Abstract

The *pro persona* principle, as a hermeneutical criterion of the interpretation of human rights norms. Your concept will be determined, principal rules of preference relating to the *pro persona* principle, characteristics, application assumptions, purpose, linking the *pro person* principle with other principles of favorable interpretation (retroactivity of the law, *indubio pro reo*, *in dubio pro operario*, higher interest of the minor, opinion of the minor, substitution of the complaint), as well as the national and international standards that establish this principle. Finally they arrive at the conclusions of the *pro persona* principle in the application of human rights norms.

Key words

Pro person, hermeneutics, interpretation, rules and human rights.



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

*Doctor en Derecho. Fue Juez Mercantil del Distrito Judicial de Toluca, Estado de México, México (Q.E.P.D.) (Trabajo aceptado posterior a su fallecimiento).

CONCEPTO DEL PRINCIPIO PRO PERSONA

La tutela judicial efectiva de los derechos humanos en un Estado democrático no sólo depende de su fundamentación positiva en la Constitución y en los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, ni tampoco por el hecho de que se tengan tribunales bien organizados y procesos ajustados a los estándares internacionales en donde se puedan hacer exigibles esos derechos. Para lograr su plena tutela se requiere, entre otras cosas, que los operadores jurídicos y en especial los órganos jurisdiccionales, conozcan el alcance y fin de los derechos humanos.

Bajo ese orden de ideas, la aplicación de los derechos humanos por los jueces nacionales constituye un aspecto medular para garantizar su respeto y vigencia. De lo anterior surge la necesidad de que el juzgador aplique los diferentes principios de los derechos humanos sin autolimitarse a los tradicionales métodos de interpretación, pues estos derechos requieren de una serie de pautas hermenéuticas distintas a las que se pueden aplicar al resto de las normas jurídicas. Esto no significa que los métodos comunes de interpretación se deban dejar de utilizar, ni que sean aplicables para los derechos humanos, sino más bien, que además de lo que tradicionalmente se conoce, la evolución del derecho nos exige ampliar los criterios utilizados para lograr una mejor salvaguarda de los derechos fundamentales.

De lo anterior, surge la necesidad de utilizar métodos hermenéuticos especiales para interpretar los derechos fundamentales y “tener en cuenta una regla que esté orientada a privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar, y por lo tanto, a adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano” (Henderson, 2004, p. 87). Como consecuencia, surgieron entre otros principios de interpretación de los derechos humanos el principio *pro persona*.

El principio *pro persona* fue conceptualizado por el juez Rodolfo E. Piza Escalante en uno de sus votos adjuntos en la determinación oc-5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que sostuvo: “criterio fundamental (...) de los derechos humanos, el cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen” (Opinión consultiva, 1985).

Mónica Pinto (1977) señaló que:

Es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria.

No obstante, a diferencia del juez Piza, Mónica Pinto no se limitó a señalar que se trata de un criterio hermenéutico de interpretación de las normas en sus dos vertientes, sino a la preferencia normativa e interpretativa de las normas de derechos humanos, es decir, acudir a la norma o interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, o bien, acudir a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de limitar estos derechos.

Ese criterio ha sido retomado y sustentado por nuestros máximos Tribunales Federales en la Tesis aislada que señala:

El principio *pro homine* que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio (...) (Tesis 129233/2005. Tomo XXI, Febrero).

En conclusión, el principio *pro persona* implica en términos generales actuar pensando en hacer el mayor bien posible y el menor mal posible, dentro de un marco reconocido legalmente. Bajo esta tesitura debe decirse, que es un criterio hermenéutico jurídico de preferencia normativa o interpretativa de los derechos humanos en la que los operadores jurídicos deben acudir a la norma o interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, o bien, acudir a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de limitar estos derechos, teniendo como función el favorecer en todo tiempo a la persona en la protección más amplia.

REGLAS PRINCIPALES DE PREFERENCIA RELATIVAS AL PRINCIPIO *PRO PERSONA*

Existen dos reglas principales de preferencia relativas al principio *pro persona*, enfocadas a los derechos humanos, las cuales a su vez se subdividen en las siguientes:

Tabla 1. Subdivisión de reglas de preferencia sobre el principio *pro persona*

1. Preferencia Normativa	• La preferencia de la norma más protectora.
	• La conservación de la norma más favorable.
2. Preferencia Interpretativa	• La interpretación extensiva
	• La interpretación restringida

Fuente: elaboración propia.

De cuyo contenido se aborda a continuación:

La *preferencia de normas* del principio *pro persona* se presenta cuando a una determinada situación concreta le es posible aplicar dos o más normas vigentes en materia de derechos humanos, prefiriendo la norma más protectora o más favorable en todo tiempo a la persona.

La *aplicación de la norma más protectora* permite a los operadores jurisdiccionales seleccionar de entre varias normas concurrentes de derechos humanos o al menos de entre dos normas, aquella que su contenido ofrezca una protección más favorable a la persona o aquella que contenga de manera más especializada la protección que se requiere para la persona en relación con sus derechos humanos.

La *aplicación de la norma más favorable* permite a los operadores jurisdiccionales seleccionar de entre varias normas concurrentes de derechos humanos o al menos de entre dos normas, aquella que su contenido ofrezca la conservación de la norma más favorable a la persona añadiéndose a esta categoría el elemento de la temporalidad.

La *preferencia interpretativa del principio pro persona*. Aquí, el operador jurisdiccional se encuentra frente a una norma con contenido de derechos humanos, respecto a la cual se pueden hacer varias interpretaciones prefiriendo la más restringida o la más extensiva favoreciendo en todo tiempo a la persona.

La *preferencia interpretativa restringida* implica que cuando se establecen restricciones permanentes al ejercicio de los derechos humanos o su suspensión extraordinaria, la norma debe ser interpretada de tal manera que se limite o restrinja lo menos posible el ejercicio de esos derechos humanos.

Por su parte, cuando esta regla se manifiesta mediante la preferencia interpretativa extensiva, implica que ante diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor y más amplia protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio.

Es importante señalar que todas las reglas antes descritas puede aplicarse de manera independiente o combinada, ya que por ejemplo, al aplicar la norma más favorable también se le puede dar a esa norma una interpretación más amplia de lo que por sí ya era benéfica.

CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO PRO PERSONA

El principio *pro persona* cuenta con una serie de atributos que lo distingue del resto de los principios generales del derecho, a saber:

- a. Criterio hermenéutico jurídico. Lo anterior permite un acercamiento a lo que es la hermenéutica jurídica. Víctor Manuel Rojas Amandi afirma que “la hermenéutica jurídica se preocupó por el entendimiento e inter-

pretación de los textos legales con base en su evolución histórica” (Rojas, 2010, p. 49). El principio *pro persona* como criterio hermenéutico implica su comprensión con el objeto de atribuirle un sentido jurídico de mandamiento de orden general de favorabilidad.

- b. Preferencia normativa de los derechos humanos. Consiste en que cuando son aplicables dos o más normas a un caso concreto, se debe elegir la que otorgue la protección más amplia cuando se trata de reconocer derechos protegidos, y acudir a la norma más restringida o cuando se trata de limitar estos derechos. Es decir, “(...) cuando en una determinada situación concreta es posible aplicar dos o más normas vigentes, tanto nacionales como internacionales, no importando su jerarquía, aquí el juez o el intérprete que vaya aplicar esas normas concurrentes debe elegir aquella que contenga las mejores protecciones o las más favorables para la persona o la víctima en relación con sus derechos humanos” (Moscoso, 2012, p. 246). Lo que se pretende “con esta regla es que el juez y el intérprete deben seleccionar de entre varias normas concurrentes, eligiendo a aquella que contenga protecciones mejores o más favorables para el individuo o la víctima en relación con sus derechos humanos” (Henderson, 2004, p. 59). La conservación de la norma más favorable implica, dice Moscoso (2012) “que con esta regla de aplicación, una norma posterior (la nueva norma) no derogaría o desaplicaría otra norma anterior, independientemente de su jerarquía, en tanto la anterior consagre mejores derechos y mayores protecciones para las personas, las cuales deben prevalecer en todo momento y tiempo” (p. 246).
- c. Preferencia interpretativa de los derechos humanos. Consiste en que cuando son aplicables dos o más interpretaciones de las normas al caso concreto, se debe elegir la que otorgue la protección más amplia, cuando se trata de reconocer derechos protegidos y acudir a la interpretación más restringida o cuando se trata de limitar estos derechos. Esto es, “la preferencia interpretativa conlleva dar a una norma que contiene derechos humanos su más amplia interpretación para que estos se ejerzan, o bien, el mínimo alcance interpretativo posible si se trata de limitar o suspender su ejercicio, sin dejar fuera los matices que entre ambos extremos se puedan presentar” (Torres, 2014, p. 289). La preferencia de interpretación del sentido tutelar implica, menciona Moscoso (2012), que:

Cuando se está frente a una norma que proteja derechos humanos y pudieran existir varias interpretaciones posibles, es decir, que existe una pluralidad de posibles interpretaciones de la norma (...) el aplicador debe adaptar la interpretación que mejor tutele a la persona o a la víctima de la violación de derechos humanos, siempre que ello no conlleve a una aplicación contraria a la voluntad expresa del legislador o del órgano creador de esa norma internacional (p. 247).

- d. Favorecer en todo tiempo a la persona con la protección más amplia. El principio *pro persona* tiene como criterio hermenéutico, el entendimiento o la comprensión y su función es la aplicación de la norma o de la inter-

pretación jurídica a favor de la persona, actuando y pensando en hacer el mayor bien y el menor mal posibles.

SUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *PRO PERSONA*

El principio *pro persona* cuenta con los siguientes supuestos de aplicación a saber:

En el caso que tanto el ordenamiento interno y el internacional prevean el reconocimiento de determinado derecho, es decir, ambos ordenamientos regulan un derecho humano y, por lo tanto, la norma en concreto será interpretada armonizando ambos preceptos, con la finalidad de otorgar mayor protección a la persona. En el supuesto de que el ordenamiento internacional prevea un derecho y el ordenamiento interno sea omiso al respecto. En este caso, se aplicará el derecho humano previsto en el Tratado Internacional, como consecuencia del nuevo texto del párrafo primero del artículo primero constitucional que amplía el reconocimiento de derechos humanos a la persona, aquellos previstos en los instrumentos internacionales, dotándolos de vinculación y eficacia directa (Sánchez de Tagle, 2011, p. 226).

Menciona Sánchez de Tagle (2011) que en el supuesto de que el ordenamiento internacional prevea un derecho humano y el ordenamiento interno prevea una regulación diversa, en este caso pueden ocurrir dos hipótesis.

- i. Que por virtud del principio de interpretación conforme se puedan armonizar las previsiones normativas.
- ii. Que sean contrarias y, por lo tanto, debe de prevalecer la jerarquía constitucional por virtud del artículo 133 de la Constitución” (p. 227).

FINALIDAD DEL PRINCIPIO *PRO PERSONA*

La finalidad del principio *pro persona* es aplicar el derecho pensando en hacer el mayor bien y el menor mal posibles; “supone que al existir distintas interpretaciones de una norma jurídica, se deberá elegir aquella que más proteja al titular de un derecho humano; en caso de poder aplicarse dos normas jurídicas, el intérprete debe elegir aquella que beneficie mayormente al titular del derecho, sin importar su jerarquía normativa” (Castilla, 2009).

El principio *pro persona* tiene como objetivo entonces elegir la interpretación jurídica que más favorezca a la persona en la protección más amplia. Al referirme a la elección de la interpretación se puede comprender tanto la interpretación originaria o cualquiera de las consideradas como correctoras.

VINCULACIÓN DEL PRINCIPIO *PRO PERSONA* CON OTROS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN FAVORABLE

El principio *pro persona* constituye un criterio hermenéutico general del derecho, mientras que coexiste con otros mandamientos de favorabilidad y que, de manera enunciativa mas no limitativa, son por ejemplo: retroactividad de la ley, *in dubio pro reo*, *in dubio pro operario*, interés superior del menor, opinión del menor, suplencia de la queja deficiente, etc.

En este contexto otra forma de concebir la relación entre el principio *pro persona* y estos mandamientos de favorabilidad, sería hacer una analogía con el principio de derecho a la igualdad.

En este sentido, el principio *pro persona*, no viene a sustituir otros principios de interpretación favorable, más bien, establece a primera vista una preferencia, por aquella interpretación jurídica que resulte ser la más protectora para la persona en el caso concreto.

PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN FAVORABLE

Los principios de interpretación favorable, al igual que el principio *pro persona*, fun- gen como criterios hermenéuticos y deben ser observados por las autoridades a fin de favorecer en todo momento la protección más amplia a los derechos humanos de grupos vulnerables en determinadas materias del derecho, como son los reos, los tra- bajadores, ejidatarios, comuneros, menores de edad, incapaces, adultos mayores, etc.

RETROACTIVIDAD DE LA LEY

La palabra “retroactividad” deriva del *latín retroactum*, supino de *retroagere*, retro- ceder, aquello “que obra o tiene fuerza sobre el pasado” (Real Academia Española, 2001, p. 1967). La retroactividad consiste en trasladar la vigencia de una norma jurídica a un lapso anterior al de su creación, y en ese sentido, el párrafo primero del artículo 14 de la Constitución Federal establece lo siguiente: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. Lo que quiere decir que este principio sólo se considerará violado cuando la aplicación retroactiva se realice en perjuicio de persona alguna, lo cual implica, *a contrario sensu*, la aceptación de la aplicación retroactiva de la norma cuando ello es en su beneficio.

Ahora bien, la retroactividad de la ley en materia penal en beneficio, única- mente se refiere al aspecto sustantivo del delito, de la pena, o la libertad, hipótesis en las cuales deberá aplicarse la ley más favorable al reo, ya sea que ésta exista al momento de la comisión del ilícito, surja o se modifique durante el proceso o hasta antes de la extinción de la pena o medida de seguridad; es decir, que si en el periodo comprendido desde la comisión del ilícito hasta la extinción de la pena o medida de seguridad, ocurren diversas reformas a la ley penal sustantiva que resulten benéficas

para los intereses del reo, debe tomarse en consideración para imponerle la pena o medidas de seguridad, si aún no se ha dictado sentencia o para modificarla, si el asunto ya se encuentra en etapa de ejecución.

En ese sentido, no existe en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) disposición expresa que tutele la retroactividad de la ley penal sustantiva tratándose de leyes procesales, pues el artículo 14 sólo habla de manera genérica de la aplicación retroactiva de la ley en perjuicio del reo y es *a contrario sensu* que se estima su aplicación en beneficio, y si bien las reformas al artículo 1º, se refieren al reconocimiento de los derechos humanos establecidos tanto en la Carta Magna como en los Tratados Internacionales, la obligación de las autoridades es respetarlos, así como que su interpretación se realizará favoreciendo en todo tiempo a las personas, otorgándoles la protección más amplia; ello de ninguna manera implica que se permita la aplicación de manera retroactiva a leyes adjetivas o procedimentales, por el contrario, autorizar la aplicación de estas contravendría el principio de seguridad jurídica establecido en el segundo párrafo del citado artículo 14 constitucional, que dice: “Artículo 14. (...) 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”.

Precepto constitucional que tutela el derecho humano de debido proceso, que consiste en que, a fin de dar certeza y seguridad jurídica a los actos realizados en el procedimiento seguido ante los tribunales, estos deben ser conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, pues de lo contrario, se generaría incertidumbre respecto a la validez de los actos procesales que se realizarán conforme a las leyes que no se encontraron vigentes al momento en que se llevaron a cabo.

Principio de retroactividad de la ley, sólo será para la aplicación de la ley sustantiva y no procesal. Sirviendo de sustento el principio doctrinario de que las nuevas disposiciones son aplicables a todos los hechos posteriores a su promulgación, pues rigen para el futuro y no para el pasado, por lo que la abrogación o derogación de la ley antigua es instantánea, y en lo sucesivo debe aplicarse la nueva.

IN DUBIO PRO REO

El principio *in dubio pro reo*, relativo a que en caso de duda debe absolver el reo se encuentra previsto implícitamente en los artículos 14 párrafo segundo; 16, párrafo primero; 17, párrafo segundo; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero; 23; y 102, apartado A, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El principio *in dubio pro reo* implica llevar a cabo una interpretación en un sentido protector a favor del reo, es decir, cuando exista una duda sobre el sentido y significado jurídicos de los enunciados normativos que persiguen la justicia penal del reo se le deberá absolver.

IN DUBIO PRO OPERARIO

El principio *in dubio pro operario*, relativo a que en caso de duda debe resolverse a favor del trabajador, se encuentra contenido en el artículo 18 de la Ley Federal del Trabajo; en donde se establece que en la interpretación de las normas de trabajo se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículo 2° y 3° de la Ley en cita, y en caso de duda prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador.

El principio, referido en el artículo 18 de la Ley Federal del Trabajo, se encuentra íntimamente vinculado a la interpretación de las normas de trabajo llevada a cabo por los Tribunales, porque su sentido proteccionista se sustenta en la posibilidad de elegir la que más beneficie al trabajador, cuando exista una duda sobre el sentido y significado jurídicos de los enunciados normativos que persiguen la justicia social, igualdad, libertad y dignidad de los trabajadores, y el propósito de asegurar a estos un nivel decoroso de vida.

Por tanto, el principio *in dubio pro operario* relativo a que en caso de duda debe resolverse a favor de un grupo vulnerable como son los trabajadores, se encuentra armonizado con el principio *pro persona*.

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El principio del interés superior del menor se plasma por primera vez en el artículo 2° de la Declaración de los Derechos del Niño, que fuera aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959.

Los Estados y Organismos Internacionales han procurado mejorar la calidad de vida en la familia, y dentro de esta generalidad encontramos la situación del niño en cuanto a educación, salud, vivienda, etc., que se ha reflejado considerablemente en algunos países, y se ve limitada en los llamados países en vías de desarrollo debido a los problemas económicos y financieros que los aquejan.

Los niños, como menores de edad, tienen que sortear día con día dificultades: al ser maltratados dentro y fuera del entorno familiar, el tráfico de órganos, prostitución, etc., circunstancias que limitan su normal desarrollo.

La participación de diversos estados de la geografía mundial, de organismos internacionales y de organizaciones no gubernamentales, ha contribuido al desarrollo de un sinnúmero de trabajos tendientes a garantizar y hacer efectivos los derechos humanos de los niños y, como consecuencia, a difundir una cultura de respeto a tales derechos, basada en el principio denominado del *interés superior del niño*.

Al efecto resulta importante citar la Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada y abierta para su firma, ratificación o adhesión por la resolución 44/25 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor general el 2 de septiembre de 1990. Se ordenó su publicación en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991. En México inicia su vigencia el 21 de octubre de 1990.

En su preámbulo, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoce que los principios de libertad, de justicia y la paz en el mundo se basan en la dignidad intrínseca y en los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Esto implica el reconocimiento de la familia como formadora y transmisora de principios y valores, como grupo fundamental de la sociedad donde se desarrollan sus miembros y en particular de los niños que merecen atención y cuidados especiales para contribuir a su desarrollo integral. El niño debe ser preparado y educado en el espíritu de los ideales de la libertad, justicia y paz, a fin de que aprenda a ser tolerante e interactúe con respeto a la dignidad de sus iguales.

Con tal marco jurídico de fondo, muchas niñas y niños del contexto internacional viven en condiciones de sobrevivencia y son víctimas del desamor, de violencia dentro de la familia, de explotación sexual y de abuso laboral, todo lo cual influye negativamente en su salud, rendimiento escolar, crecimiento y desarrollo físico, emocional e intelectual.

El instrumento internacional de protección a los derechos del niño consta en su contenido de 54 artículos, divididos en tres partes, donde se destaca que los derechos reconocidos en la convención en estudio, encuentra inspiración y fundamentación en el principio rector del interés superior de la infancia, en cuyo artículo 3.1 establece:

Artículo 3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá al *interés superior del niño*.

El numeral reproducido vislumbra que la Convención sobre los Derechos del Niño se rige por el principio tendiente a salvaguardar los derechos humanos de quien por transición natural cursa la infancia.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en su opinión consultiva OC-17/2002, sostuvo sobre el principio del interés superior del menor lo siguiente:

La Convención sobre los Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos sus derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

De la opinión emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se puede advertir que las acciones que ejercite el Estado mexicano deben estar dirigidas a tres aspectos esencialmente: la protección, promoción y preservación de los derechos del niño, con la finalidad de lograr su desarrollo integral.

El interés superior de la niñez se encuentra plasmado en la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en su artículo 2 párrafo segundo. En el Estado de México, la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, se concibe al *interés superior del niño* en su artículo 5 fracción XXII.

Debe entenderse que el Interés Superior del Menor es aquel dirigido a su desarrollo humano integral que permita generar las condiciones necesarias para vivir plenamente y alcanzar su máximo bienestar personal, teniendo la obligación en cuanto a lo que nos interesa el Poder Judicial del Estado de México, el proteger, promover y garantizar los derechos del niño al tratarse de cuestiones de orden público e interés social.

Principio que ha recogido el Código de Procedimientos Civiles en vigor en el Estado de México, en su artículo 5.16 al establecer: El interés superior de los menores y su derecho a ser escuchados, son principios que el juez debe tener siempre como consideración primordial en la tramitación y resolución del asunto sometido a su conocimiento.

El *Interés Superior del Niño* es un principio rector del procedimiento en materia familiar, que debe observar el titular del órgano jurisdiccional al momento de resolver la controversia que ha sido sometida a su conocimiento y decisión, siempre buscando el bienestar y sano desarrollo.

OPINIÓN DEL MENOR

La libertad es un derecho subjetivo público que deriva de un orden jurídico, la cual no puede considerarse como absoluta al existir restricciones en su ejercicio; es decir, no se puede hablar de una libertad absoluta sino relativa, ya que el ser humano renunció a una parte de esa libertad para poder vivir en sociedad. La libertad de expresión es una forma de ejercer la libertad relativa, a través de la exposición pública de ideas o pensamientos, que también comprende el de recibir información, con las limitantes que imponen los ordenamientos legales.

En el ámbito internacional, se ha reconocido el derecho a la libertad de expresión de todos los individuos sin distinción de sexo, raza, religión, edad, etc.; por ejemplo, se tiene: el Bill of Rights, de 1689; la Declaración del Pueblo de Virginia de 1789; la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; y la Primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de Norte América de 1791; constituyendo dichos ordenamientos jurídicos antecedentes relevantes en la formación del derecho de libertad de expresión.

La libertad de expresión del menor se encuentra prevista en distintos ordenamientos internacionales, pero esencialmente en la Declaración de los Derechos del Niño, en el que se reconoce ese derecho, el cual puede ejercer ante los órganos jurisdiccionales o administrativos cuando se vean afectados sus intereses, al formar parte el Estado Mexicano de ese pacto internacional. Al considerarse que los Estados parte se comprometieron a salvaguardar el *interés superior del niño*, a través de su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos, dentro de los cuales se encuentra inmerso el derecho a la libertad de expresión, contemplado específicamente en sus artículos 12 y 13.

El instrumento internacional establece de manera expresa el derecho de los menores a manifestar su opinión en los asuntos que les afecten, así como al expresarse, recibir y difundir información e ideas de todo tipo, por cualquier medio, aun cuando debe destacarse que a pesar de que se reconoce que los niños tienen el derecho de expresar su opinión en los asuntos en que se ven involucrados, también lo es que este derecho tiene límites que establece la misma convención.

La regulación de esta libertad humana se encuentra en forma primaria en el artículo 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Este numeral da la idea fundamental de la protección a la libertad de externar el pensamiento humano, sin que el hombre deba pedir autorización y recibir beneplácito para exponer sus pensamientos previamente a tal hecho, lo que representa el impedimento en que

se encuentran las autoridades públicas de llevar adelante una inquisición de índole judicial o administrativa. La expresión inquisición judicial o administrativa prevista en este precepto se refiere a la aprobación o negativa que el gobernado debe obtener de una autoridad para expresar alguna idea en público, situación que proscribe la Constitución, que implica una limitante a la actuación de las autoridades públicas, por lo que el gobernado no está obligado a obtener la autorización de un ente para que pueda externar una idea.

Cuando una persona se excede en su expresión de pensamiento, atentando con ello a la moral, los derechos de terceros, la paz pública o comete un delito, el Estado tiene el deber de sancionarla, ya que con su actuación fue más lejos de lo que la Ley Suprema le faculta expresar; la restricción de esta libertad no implica que el hombre no pueda hablar o expresarse, sino que al hacerlo, debe guardar respeto a sus congéneres, a la sociedad y al Estado, pues en caso de no hacerlo se le sancionará.

La libertad de expresión del menor se encuentra plasmada en el Ley Federal para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en sus artículos 38, 39 y 41.

En el Estado de México, la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, reconoce su derecho a la libre opinión en su artículo 9º, fracción II, inciso f; fracción IV, inciso f.

Nuestra legislación adjetiva Civil del Estado de México reconoce el derecho a la libertad de expresión del menor de edad, al señalar en sus artículos 5.16 y 5.35 de dicho ordenamiento.

Bajo el anterior orden de ideas, se puede determinar que la libertad de expresión del menor de edad comprende el derecho a la libertad de opinión y el derecho a la libertad de información, los cuales puede ejercer en forma oral, escrita o impresa, corporal, artística o por cualquier otro medio elegido por el menor, pudiéndola ejercer personalmente, por medio de su representante legal u órgano apropiado ante los tribunales jurisdiccionales.

El órgano jurisdiccional deberá tomar las providencias necesarias para escuchar al menor en aquellos asuntos que afecten a su intereses, como el fijar los puntos de controversia, de ser posible la previa recepción de las pruebas en psicología y trabajo social, a efecto de establecer un marco de referencia al momento de llevar a cabo la entrevista con el infante y por supuesto la capacitación del juzgador a través de técnicas de escucha activa y técnicas de preguntas. “Supone un trabajo intelectual, ya que después de haber oído, es preciso interpretar, analizar y reaccionar ante el mensaje” (Polito, 2004, p. 60).

El juzgador deberá fundar y motivar su resolución cuando estime inconveniente escuchar al menor, ya que es responsabilidad del órgano jurisdiccional velar por el *interés superior del niño*.

Nuestros máximos tribunales se han pronunciado en el sentido de que el órgano jurisdiccional recabe de oficio, entre otros medios probatorios, la opinión de expertos en materia de psicología y de trabajo social, en relación con ambos padres y por lo que hace al menor de edad en materia de psicología, a fin de obtener mayores elementos para conocer y decidir jurídica y objetivamente lo más benéfico para el infante en relación a aquellos juicios donde tenga que resolver sobre la patria potestad, guarda y custodia, todo con el fin de salvaguardar el interés superior del menor.

El lugar para escuchar la opinión del menor ante los órganos jurisdiccionales del Estado de México podrá ser no sólo la sala de audiencias, sino también fuera de

ésta, o bien, encomendada vía exhorto o carta rogatoria, según sea el caso, al juez competente de la materia.

El tiempo para escuchar la opinión ante los órganos jurisdiccionales del Estado de México, será en audiencia inicial, principal o cuando lo estime conveniente el titular del órgano jurisdiccional.

Al momento de escuchar al menor ante los órganos jurisdiccionales del Estado de México, el juzgador deberá informar al infante sobre sus derechos que consagran las legislaciones aplicables al efecto; no podrá ser obligado a opinar en su contra; asistencia de su representante legal y del Ministerio Público; informar al menor sobre el asunto que le afecta; que el menor de edad ejerza su derecho a la libertad de expresión y, finalmente, la responsabilidad del órgano jurisdiccional de escuchar al menor.

SUPLENCIA DE LA QUEJA

Existen preceptos legales, criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como compromisos internacionales suscritos por el Estado Mexicano, que buscan proteger en toda su amplitud los intereses de grupos vulnerables, aplicando siempre en su beneficio la suplencia de la queja deficiente, la cual opera invariablemente cuando esté de por medio, directa o indirectamente la afectación a su esfera jurídica.

En el artículo 107 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se contempla que en el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de la queja, de acuerdo con lo que disponga la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la propia Constitución. Al efecto, el artículo 79 de la Ley de Amparo, prevé la obligación de las autoridades que conozcan del juicio de amparo en suplir la deficiencia de los conceptos de violación o agravios.

Los doctrinarios no se han puesto de acuerdo sobre el origen de la suplencia de la queja deficiente. Existen diversas hipótesis sobre la posible motivación de su creación, entre las de mayor importancia a saber son:

- a. Se trata de una figura que nace como consecuencia de la tutela jurídica de los derechos fundamentales del hombre.
- b. Esta figura procesal deriva del aforismo latino *iura novi curia*, que significa “el juez conoce el derecho”, el cual es utilizado en el derecho procesal para referirse al principio por el cual el juez conoce el derecho aplicable y, por lo tanto, no le corresponde a las partes probar en un litigio ese derecho, aforismo que guarda íntima relación con el denominado *Da mihi factum, dabo tibi ius*, que se traduce en dame los hechos y yo te daré el derecho. Principios que sirven de sustento a la regla general, que obliga al juzgador a conocer los ordenamientos jurídicos con el fin de resolver la controversia que sea sometida a su consideración en el ejercicio de sus funciones conforme a la norma aplicable al caso concreto, y sin que sea obligación de las partes en contienda el acreditar el derecho. Sin embargo, en la actualidad existe la excepción a la regla, ya que el derecho será objeto de prueba

únicamente cuando se funde en leyes extranjeras, usos y costumbres, tal como lo prevén los distintos Códigos Procesales Civiles en nuestro país.

- c. Aparece directamente en la Constitución de 1917 y se dice que fue “por motivos políticos, y como una reacción contra las persecuciones a opositoristas, a quienes frecuentemente se les acusaba de supuestos delitos para alejarlos de sus actividades públicas, y quienes recurrían de defensores improvisados que interponían demandas de amparo deficientes, por ello no prosperaban” (Castro, 2003, p. 4).
- d. Surgió la suplencia de la queja como una imitación de la suplencia del error.
- e. La figura jurídica de la suplencia de la queja emana del:

(...) proceso publicista, donde predomina una ampliación del ámbito de los poderes del Estado, a través del juez, con un sentido tutelar y protectionista de los intereses de las clases débiles, es decir, una intención y un propósito para lograr el bienestar común con un espíritu de tutela a las clases más expuestas a sufrir desigualdades y las injusticias que propicio el liberalismo y el capitalismo (Tenorio, 2006, p. 268).

Las consideraciones expuestas tienen un gran sustento para la creación de la suplencia en la queja deficiente, pero la que adquiere mayor relevancia y sustento jurídico es la que se apoya en el texto de la disposición constitucional que crea a la suplencia, es decir, la que tiene su antecedente más próximo en la suplencia del error. Asegura Tenorio (2006), “se encuentra consagrado en la Ley Orgánica de los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal del 5 de febrero de 1857, de fecha 14 de diciembre de 1982, que apareció durante el mandato del entonces Presidente de la República, Manuel González” (p. 270).

Es la primera vez en la historia del poder judicial en la que se otorga al juzgador en materia de amparo la facultad para que al dictar sus sentencias pueda suplir el error en que incurra el quejoso, al no mencionar concretamente la garantía violada, o al no hacer mención de la misma. La suplencia del error implica que el órgano jurisdiccional deberá corregir los errores que advierta en la cita de los preceptos constitucionales y legales que se estimen violados, y podrá examinar en su conjunto los conceptos de violación y los agravios, así como los demás razonamientos de las partes, a fin de resolver las cuestiones efectivamente planteadas, pero sin cambiar los hechos expuestos en la demanda.

El antecedente más próximo de la suplencia de la queja deficiente, como ya se citó, es la suplencia del error, previsto en la Ley Orgánica de 1882, en cuyo artículo 42 establece que la Suprema Corte, en los Juzgados de Distrito en sus sentencias, pueden suplir el error o la ignorancia de la parte agraviada, otorgando el amparo por la garantía, cuya violación aparezca comprobada en autos, aunque no se haya mencionado en la demanda. Como se advierte de su contenido, se introduce la figura de la suplencia por error o ignorancia de la parte agraviada en las sentencias emitidas por la Suprema Corte, o en los Juzgados de Distrito para la concesión del amparo cuando la violación se encuentre acreditada, aun cuando el quejoso no la haya mencionado en su demanda de garantías.

En la actualidad, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 107 párrafo primero, fracción II, establece: en el juicio de amparo deberá

suplirse la deficiencia de los conceptos de violación o agravios con lo que disponga la ley reglamentaria.

Al efecto, la Ley de Amparo en su artículo 79, que contempla la figura procesal de la suplencia de la queja, al disponer que la autoridad que conozca del juicio de amparo deberá suplir la deficiencia de los conceptos de violación o agravio.

Ahora bien, en cuanto a su conceptualización, la suplencia “deriva de la palabra suplir, que proviene del latín *supplere*, y significa cumplir o integrar lo que falta de una cosa, o remediar la carencia de ella; ponerse en lugar de alguien para hacer sus veces; reemplazar, sustituir algo por otra cosa disimular un defecto de otra persona” (*Diccionario Jurídico Espasa*, 2001, p. 2112). La palabra deficiencia “proviene del latín *deficiente*, que significa defecto o imperfección. A su vez, cita el *Diccionario Jurídico Espasa* (2001) el término “deficiente” se refiere a falto o incompleto, que tiene algún defecto o que no alcanza el nivel de considerado normal” (p. 737). En cuanto a la palabra queja, señala el *Diccionario Jurídico Espasa* (2001), “proviene del latín *quassiare*, que significa, sacudir o romper” (p. 672).

Antes de proporcionar concepciones acerca de la suplencia de la deficiencia de la queja, resulta importante hacer las siguientes puntualizaciones:

Al examinar los vocablos que conforman la expresión suplencia de la deficiencia de la queja, podemos advertir que es incorrecta en cuanto a su ordenación, pues lo correcto es suplencia de la queja deficiente y no como la cita la Constitución Federal en su fracción II y la Ley de Amparo.

Esto es así porque, como lo señala el Licenciado Alfonso Trueba Olivares, “la expresión es impropia en cuanto al fondo porque si el verbo suplir significa completar o integrar lo que falta de una cosa, o remediar la carencia de ella, en este caso lo que viene a suplirse, o sea, a completarse o integrarse, en la queja misma, no la deficiencia porque no es ésta la que se completa sino la cosa imperfecta o defectuosa” (Paniagua, 2006, p. 2).

De esta manera se concluye que lo correcto es hablar de la suplencia de la queja deficiente y no de la suplencia de la deficiencia de la queja. La queja equivale a la demanda de amparo, por lo que cuando se habla de suplir la queja deficiente, debemos entender que implica suplir las deficiencias de la demanda de amparo.

La deficiencia, puede entenderse de dos formas: “la de falta o carencia de algo y la de imperfección. Por ende, suplir una deficiencia es integrar lo que falta, remediar una carencia o subsanar una imperfección, es decir, completar o perfeccionar lo que está incompleto o imperfecto” (Burgoa, 1988, p. 299).

La suplencia de la deficiencia de la queja, como la enuncia la autoridad Federal, constituye la excepción al principio de estricto derecho que rige en el juicio de amparo y que está consagrado en el artículo 107, fracción II, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que significa que los Tribunales de la Federación tienen la obligación de suplir la deficiencia de los conceptos de violación de la demanda, así como la de los agravios formulados en los recursos, como lo señala el artículo 79 de la Ley de Amparo.

De las disposiciones relativas a la Ley de Amparo, así como de los criterios sustentados por nuestros máximos Tribunales Federales, el concepto de la suplencia de la queja deficiente se ha utilizado en dos sentidos con diferente alcance. En unos casos, para hacer referencia a las atribuciones de los Tribunales que conocen del juicio de garantías, al dictar sentencia, de invocar argumentos no expuestos o completar los que se deduzcan como deficientes, en la demanda o al expresar agravios o

motivos de inconformidad en los recursos o incidentes, con el objeto de conceder la protección constitucional o acoger los medios de impugnación contra las infracciones advertidas, aunque los interesados no las hayan hecho valer o falten a la técnica jurídico-procesal en sus exposiciones. En otro sentido, a la suplencia de la queja deficiente, se le dio mayor amplitud, al incluir el examen de toda clase de promociones y la participación en las diligencias y audiencias de instrucción, así como la facultad o la obligación de proceder de oficio, a recabar los medios de prueba útiles para esclarecer los derechos de los sujetos tutelados y su contravención, cuya posible existencia se deduzca de los autos, sin que las partes los aporten o perfeccionen.

La suplencia de la queja deficiente es señalada por Castro (2003) como “una institución procesal constitucional, de carácter proteccionista, antiformalista y de aplicación discrecional, que integra las omisiones –parciales o totales– de la demanda de amparo presentada por el quejoso, siempre a favor y nunca en perjuicio de éste, con las limitaciones y bajo los requisitos señalados por las disposiciones constitucionales conducentes” (p. 12).

Alberto del Castillo del Valle afirma que la “suplencia de la deficiencia de la queja o demanda es la figura por virtud de la cual el juez de amparo está constreñido a subsanar las fallas, defectos o faltas técnicas en que incurra el quejoso al momento de redactar la demanda de amparo. Por lo tanto, la suplencia se aplica al momento de sentenciar” (2003, p. 291).

Jaime Allier Campuzano advierte que:

(...) dicha suplencia se puede definir como la institución procesal dentro del juicio de garantías de carácter proteccionista, antiformalista y de aplicación obligatoria, que generalmente opera a favor del quejoso cuando se surte alguno de los supuestos previstos en el artículo 76 Bis de la Ley de Amparo, a fin de subsanar las omisiones totales o parciales en sus conceptos de violación o agravios formulados (2003, p. 79).

Lázaro Tenorio (2006) aporta el siguiente concepto de la suplencia de la queja deficiente:

Es la obligación que tienen los Tribunales Federales que conocen del juicio de amparo, para suplir las omisiones e imperfecciones de los conceptos de violación de la demanda, a favor de los quejosos, y por excepción de terceros, así como las de los agravios formulados en los recursos interpuestos, sin cambiar los hechos formulados en la demanda, y con estricto cumplimiento a los requisitos y limitaciones que establecen la Constitución Federal, la ley y la Jurisprudencia, situando así en un plano de igualdad procesal a los desiguales, atendiendo especialmente a su nivel social, cultural y económico (p. 291).

Del análisis a las ideas precedentes apporto el siguiente concepto de la suplencia en la suplencia de la queja deficiente: es una institución procesal de observancia obligatoria para los órganos jurisdiccionales, que tienen como finalidad alcanzar el equilibrio procesal entre las partes y terceros, excepcionalmente tutelando sus derechos subjetivos.

Para la mejor comprensión de la suplencia de la queja deficiente se debe responder a la pregunta ¿qué es la suplencia de la queja?, interrogante que ha generado

innumerables respuestas y confusiones entre los abogados litigantes, jueces, magistrados y doctrinarios del derecho.

La suplencia de la queja deficiente se ha identificado de diversas maneras, a saber:

- a) La propia demanda de amparo,
- b) La facultad otorgada a los jueces,
- c) La institución procesal,
- d) La garantía, y
- e) El acto jurisdiccional.

Tratadistas entre los que se encuentran Héctor Fix Zamudio, Juventino V. Castro, Eduardo Pallares, Octavio A. Hernández y Jaime Allier Campuzano, comenta Paniagua (2006) “han coincidido en opinar que la queja constitucionalmente dicha es lo mismo que la demanda” (p. 3). El identificar a la queja con la demanda de amparo es una aproximación para responder al cuestionamiento formulado, pero para obtener la respuesta exacta, resulta necesario obtener el significado de la palabra queja, la que se entiende como una afectación, dolor o pena que se siente. Bajo la anterior tesis y aplicado al ámbito jurídico, se tiene que la queja en el juicio de amparo consiste en la afectación que produce el acto de autoridad que se reclama, por ello el órgano jurisdiccional del amparo suple o subsana las omisiones en que incurre el quejoso en los conceptos de violación plasmados en su demanda de amparo. Por ello se estima que la suplencia de la queja no es propiamente la demanda de amparo, sino los conceptos de violación, que vienen a constituir los razonamientos lógicos jurídicos esgrimidos, por el que se ve afectado por la actuación de la autoridad.

En la actualidad, el artículo 79 de la Ley de Amparo que la autoridad que conozca del juicio de amparo deberá suplir la deficiencia de los conceptos de violación o agravios.

Como se observa, la suplencia de la queja no es de modo alguno una facultad del juzgador, sino por el contrario es un deber del órgano jurisdiccional el suplir los conceptos de violación de la demanda y los agravios en los recursos.

Lázaro Tenorio (2006) refiere que la suplencia de la queja:

(...) pertenece al derecho público por cuanto a que existe una relación jurídica de supra a subordinación entre los gobernados por un lado y el Estado por el otro, creada para *garantizar* a determinados sujetos involucrados en un proceso constitucional, considerados cultural o económicamente débiles, la protección de sus derechos fundamentales plasmados en la Constitución Federal, como son la vida, la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad jurídica, indispensables para el desarrollo de la personalidad del hombre dentro de la sociedad en que se desenvuelve (p. 292).

Al respecto debe decirse que el Derecho Mexicano establece en el artículo 1º de la Constitución que: “en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución...”, precepto que se refiere desde luego a los derechos del hombre reconocidos por el Estado que se convierte en el protector de los derechos humanos que por naturaleza le corresponden a la persona, por lo que la suplencia de la queja deficiente al emanar de la Constitución

Federal busca esencialmente la protección de estos derechos a través de la aplicación equitativa de las normas siempre en beneficio de grupos vulnerables.

NORMAS NACIONALES E INTERNACIONALES DEL PRINCIPIO *PRO PERSONA*

Siguiendo la postura filosófica positivista sobre los derechos humanos como categoría de análisis de la investigación, en este apartado se abordan las tendencias nacional e internacional sobre el principio *pro persona*, al encontrarse consagrado en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; con la obligación del Poder Judicial de observar este criterio hermenéutico de interpretación de las normas de Derechos Humanos.

A partir de la reforma Constitucional sobre los Derechos Humanos, los Tratados Internacionales suscritos por nuestro país constituyeron un marco jurídico ineludible en la actuación de quienes impartimos justicia, teniendo la obligación de ejercer el control de convencionalidad interpretando y aplicando las normas domésticas e internacionales de Derechos Humanos buscando la protección más amplia a favor de la persona. Entre los instrumentos internacionales que hace alusión al principio *pro persona* se encuentran: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana sobre los Derechos Humanos; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; Convención sobre los Derechos del Niño; Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Declaración de la protección de todas las personas contra desaparición forzada (Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992); y Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos, de junio de 2011, incorporó el lenguaje de los Derechos Humanos, así como el reconocimiento a nivel Constitucional de los derechos humanos de fuente internacional. Es una reforma que impacta de manera substancial a todas las autoridades del Estado Mexicano, pues debe de hacer efectiva su aplicación.

En la parte final del segundo párrafo del artículo 1º Constitucional se contempla un criterio hermenéutico de interpretación de las normas de Derechos Humanos, que debe de realizarse “favoreciendo en todo tiempo a las persona la protección más amplia”.

El principio *pro persona* debe ser observado por todas las autoridades al momento de aplicar las normas de Derechos Humanos; además, constituye la finalidad

que persiguen las normas de Derechos Humanos. Como ya se dijo, el principio *pro persona* tiene dos variantes:

La llamada preferencia interpretativa, que implica que frente a una disposición que pudiera tener múltiples interpretaciones, se deberá elegir la que otorgue mayor protección a la persona. La segunda variante es la llamada preferencia normativa, que consiste en que cuando son aplicables dos normas, se deberá preferir la que otorgue la protección más amplia (Abreu, 2011, p. 225).

De lo anterior, se advierte que el principio *pro persona* implica tanto la preferencia normativa, como la preferencia interpretativa, es decir, se debe elegir la norma o la interpretación de la norma del sistema jurídico nacional o internacional que otorgue la protección más alta a la persona.

CONCLUSIONES DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *PRO PERSONA*

En México han existido acciones con el objeto de reconocer los derechos humanos, pero no basta ese reconocimiento, sino que se hace necesario que los operadores jurisdiccionales los promuevan, respeten, protejan y garanticen de conformidad con el principio *pro persona* y que su aplicación sea la única respuesta correcta al caso concreto. Con base en lo anterior, se hace un llamado a la comunidad jurídica en general, y en especial a los juzgadores en el Estado de México, para que apliquen el principio *pro persona* como una posible respuesta correcta a un caso concreto a través del juicio de ponderación, sujetándose a los estándares establecidos por la Constitución Federal y los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos. Para llevarlo a cabo, se debe tener presente que llamamos interpretación jurídica a la actividad de asignar sentido o significado a textos jurídicos. El sistema jurídico mexicano en su artículo 1° Constitucional indica al interprete –juez o jurista– que guíe y oriente su labor de interpretación conforme a la propia constitución y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, favoreciendo en todo tiempo a la persona la protección más amplia, es decir, de acuerdo al principio *pro persona*. Este principio tiene dos reglas principales de preferencia enfocadas a los derechos humanos: 1. Preferencia interpretativa y, 2. Preferencia normativa. La preferencia interpretativa a su vez tiene dos manifestaciones: a) la interpretativa extensiva y, b) la interpretativa restringida. Por su parte, la preferencia normativa se manifiesta de dos maneras: a) la preferencia de la norma más protectora y, b) la de la conservación de la norma más favorable. Al combinarse las reglas de preferencia, con sus manifestaciones, se puede generar conocimiento nuevo y diferente, y así establecer las diversas aplicaciones del principio *pro persona* desde la Teoría de la única respuesta correcta a través del principio fundamental del conteo, representado por medio de la lógica proposicional o simbólica y en la tabla de análisis de combinaciones posibles, que a continuación se ilustran:

Simbología

Proposiciones	Variantes	Constantes
Preferencia Normativa (PN)	Favorable (f)	negación $\neg$ ó $\sim$
Preferencia Interpretativa (PI)	Protectora (p)	conjunción $\wedge$
	Extensiva (e)	disyunción $\vee$
	Restictiva (r)	

Entonces: PRINCIPIO PRO PERSONA =	
PN $\wedge$ f	PI $\wedge$ e
PN $\wedge$ p	PI $\wedge$ r
PN $\wedge$ f $\wedge$ e	PI $\wedge$ e $\wedge$ f
PN $\wedge$ f $\wedge$ r	PI $\wedge$ e $\wedge$ p
PN $\wedge$ f $\wedge$ e $\wedge$ p	PI $\wedge$ r $\wedge$ f
PN $\wedge$ f $\wedge$ r $\wedge$ p	PI $\wedge$ r $\wedge$ p
PN $\wedge$ p $\wedge$ e	
PN $\wedge$ p $\wedge$ r	
PN $\wedge$ p $\wedge$ e $\wedge$ f	
PN $\wedge$ p $\wedge$ r $\wedge$ f	

Derivado de la lógica proposicional anterior se obtiene la siguiente tabla de análisis de combinaciones posibles:

Tabla 2. Análisis de combinaciones proposicionales posibles

	Preferencia Normativa	Preferencia Interpretativa
PRINCIPIO PRO- PERSONA	Preferencia normativa y favorable.	Preferencia interpretativa extensiva.
	Preferencia normativa y protectora.	Preferencia interpretativa restrictiva.
	Preferencia normativa favorable y extensiva.	Preferencia interpretativa extensiva y favorable.
	Preferencia normativa favorable y restrictiva.	Preferencia interpretativa extensiva y protectora.
	Preferencia normativa favorable, extensiva y protectora.	Preferencia interpretativa restrictiva y favorable.
	Preferencia normativa favorable, restrictiva y protectora.	Preferencia interpretativa y protectora.
	Preferencia normativa protectora y extensiva.	

Continúa...

Preferencia normativa
protectora y restrictiva.

Preferencia normativa
protectora, extensiva y
favorable.

Preferencia normativa
protectora restrictiva y
favorable.

Fuente: elaboración propia.

De lo anterior, se puede inferir que existe diversidad de posibles respuestas correctas a un caso concreto, es decir, no existe una única respuesta correcta desde la aplicación del principio *pro persona*, pues el intérprete elegirá cualquiera de las combinaciones *up supra* señaladas que desde su percepción favorezca a la persona en su protección más amplia al caso concreto. Bajo este orden de ideas, puede surgir la pregunta ¿cuál es el camino interpretativo correcto que se debe tomar?, a este respecto se puede responder que para aquél individuo –juez o jurista– que no sabe a dónde desea llegar, cualquier camino puede tomar sin que eso importe, pues sólo los que saben hacia dónde dirigirse pueden elegir la senda interpretativa idónea al caso concreto, para los demás no hay caminos, simplemente el principio *pro persona* es un mandato constitucional. Finalmente, es importante hacer una breve reflexión respecto de la relación entre el principio *pro persona* y la ponderación. Como se ha estudiado a lo largo de la presente investigación, el principio *pro persona* se construye con base en la premisa de la interpretación que más favorezca a la persona y la ponderación como la argumentación adecuada en la colisión entre derechos humanos. Esto es, el primero de los mencionados constituye el criterio hermenéutico de interpretación de las normas de derechos humanos, en tanto el segundo, podrá emplear ese criterio interpretativo al momento de esgrimir los razonamientos lógico jurídico en la contienda entre derechos humanos, con la finalidad de disuadir, persuadir y convencer.

REFERENCIAS

1. Abreu Sacramento, J. P., Le Clerq, J. A. (coords.) (2011). La Reforma Humanista. Derechos Humanos y Cambio Constitucional en México. En Gonzalo Sánchez de Talgle, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución mexicana, ¿se vulnera la supremacía constitucional?* México: Porrúa.
2. Burgoa, I. (1988). *El juicio de Amparo*. México: Porrúa.
3. Campuzano, J. A. (2003). *Naturaleza y Alcance de la Suplencia de la Deficiencia de la Queja de Amparo*. México: Pac.

4. Castilla, C. (2009). El Principio Pro Persona en la Administración de Justicia. Cuestiones Constitucionales, *Revista Mexicana Derecho Constitucional*, (20), enero-junio.
5. Castillo del Valle, A. (2003). *La ley de Amparo Comentada*. México: Editorial Jurídicas Alma.
6. Castro, Juventino V. (2003). *Justicia, Legalidad y Suplencia de la Queja*. México: Porrúa.
7. Diccionario Jurídico Espasa (2001). México: Espasa.
8. Henderson, H. (2004). *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*. Memorias del seminario la armonización de los Tratados Internacionales de derechos humanos en México. México: Secretaría de Relaciones Exteriores.
9. Moscoso Salas, G. (2012). *Estudios de Filosofía del Derecho. Los principios rectores de la hermenéutica de los Derechos Humanos*. México: Novum.
10. Opinión Consultiva oc-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5, párr. 12.
11. Paniagua Salazar, J., Paniagua Alcocer, J. (2006). *La Suplencia de los Planteamientos del Derecho en el Juicio Agrario*. México: Publicaciones Administrativas Contables y Jurídicas.
12. Pinto, M. (1977). El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En Abreú, M., Courtis, C. (comps.). *La aplicación de los tratados sobre los derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del puerto.
13. Polito, R. (2004). *Cómo Hablar Bien en Público*. México: EDAF.
14. Real Academia Española (2001). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Calpe.
15. Rojas Amandí, V. M. (2010). *Argumentación jurídica*. México: Oxford.
16. Sánchez de Tagle, G., Abreu Sacramento, J.P., Le Clercq, J.A. (2011). *La Reforma Humanista. Derechos Humanos y cambio constitucional en México. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Mexicana ¿Se vulnera la supremacía constitucional?* México: Porrúa.
17. Tenorio Godínez, L. (2006). *La Suplencia en Derecho Procesal Familiar*. México: Porrúa.

18. Tesis 129233/2005. Tomo XXI, Febrero. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (Pleno), México.
19. Torres Xolalpa, Ó. (2014). *Interpretación Judicial aplicando el Principio Pro Homine a favor de la Niñez*. México: Revista, El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

La objeción de conciencia en los servicios de salud a menores de edad: una mirada desde su constitucional fundamentación jurídica

The objection of consciousness in health services to minors: a look from constitutional basis

ENRIQUE GABRIEL LAZAGA YAMIN*

LAURA G. ZARAGOZA CONTRERAS**



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

Resumen

El objeto del presente estudio es revisar, desde la realidad constitucional, el escenario que se presenta cuando, tratándose de menores de edad, la decisión de sus legítimos representantes imposibilita al personal médico de las instituciones de salud pública en México a actuar conforme a los protocolos, ante la objeción de conciencia por credo o religión y, la imposibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones del Estado como garante de los derechos de los niños cuando hay colisión de derechos.

Palabras clave

Objeción de conciencia, Responsabilidad Médica, Bioética.

Abstract

The aim of this paper is to review, from the constitutional base, the scenario that occurs when, in the case of minors, the decision of their legitimate representatives makes it impossible for medical personnel of public health institutions in Mexico to act in connection with their protocols, given the objection of conscience by creed or religion and, the impossibility of fulfilling the obligations of the State as protector of the rights of children when these rights collide.

Key words

Conscientious objection, Medical liability, Bioethics.

*Licenciado en Derecho y Maestro en Derecho Judicial, Universidad Autónoma del Estado de México, México. Especialista en Responsabilidad Médica. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2175-0399>. Correo electrónico: elazagaya@hotmail.com

**Doctora en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad Iberoamericana. Profesora-Investigadora de la Escuela Judicial del Estado de México, México. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7703-4303>. Correo electrónico: laurazaragozacontreras@live.com.mx

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), en el artículo 24 señala a la libertad de credo, religión y conciencia, como derecho humano que se le reconoce a todo gobernado para profesar cualquier religión que convenga a su vida espiritual. ¿Pero hasta qué punto las prácticas o creencias religiosas deben anteponerse a la finalidad del ejercicio profesional de la medicina? Los actos que realizan los profesionales de la medicina van encaminados a mejorar la salud de sus pacientes, y en algunos casos, como los médicos que laboran en áreas de terapia intensiva, urgencias, traumatología, cardiología, entre otros, se trata de especialistas, cuya actividad primordial se encamina a salvar vidas.

Tratándose de menores de edad, cuyos padres, en calidad de representantes legales, por motivos religiosos objetan, por ejemplo, una transfusión sanguínea o un tratamiento médico-quirúrgico, es el profesional de la salud quien debe enterar a la fiscalía para que la autoridad considere el interés superior del menor, asuma su representación y, se actúe en consecuencia, de acuerdo con la gravedad del caso.

Si bien, se trata de una problemática que se presenta en los tres niveles de gobierno (federal, estatal y municipal), el objetivo de este estudio es realizar una primera aproximación al escenario que se crea cuando se contraponen derechos como, el derecho a la salud, el derecho a la vida de los menores y la objeción de conciencia. En escenarios como el de una sala de emergencias, el Estado es responsable de la protección de los derechos humanos de los menores, ya que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, como lo señala el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el Derecho mexicano se percibe la ausencia de un criterio específico respecto de la responsabilidad por conductas adoptadas ante los objetores de conciencia que permita homologar los protocolos y acciones institucionales en donde se establezca quiénes pueden ser objetores y cuáles son las situaciones en las que no es dable considerar esta posibilidad y, cuándo es el menor de edad quien puede o no ser partícipe del ejercicio de este derecho.¹

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LOS SERVICIOS DE SALUD, TRATÁNDOSE DE MENORES DE EDAD

La finalidad que se persigue al objetar en conciencia, es el actuar conforme dicte la conciencia y los principios morales, éticos y religiosos de cada persona, y así evitar el sentimiento de culpa, el arrepentimiento y el remordimiento.

¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que los menores de edad son los titulares de los derechos, pero se les debe brindar protección en función de las limitaciones propias de su minoría de edad.

Los Testigos de Jehová publicaron un manual referente al tratamiento médico, titulado *La familia, su cuidado y su protección* (1995) —el cual se encuentra vigente— y, para los practicantes de esta religión, el propósito de este documento es informar sobre la asistencia sanitaria y la de sus hijos, cuando una situación de salud represente una urgencia.

De modo similar, el manual contiene un apartado ético-legal en el que se justifica el rechazo, por objeción de conciencia, hacia la transfusión sanguínea, lo que está dirigido a médicos, jueces, profesionales del Trabajo Social o cualquier otro profesional a quien se le pudiera generar responsabilidad en la prestación de servicios de salud. Ese documento también señala tratamientos o procedimientos alternativos para casos que ameriten transfusión sanguínea.

El alcance del manual es mundial y los practicantes de este credo están organizados en Comités de Enlaces Hospitalarios que se encargan de prestar orientación y servicio en casos que implique esta disyuntiva ante la colisión de derechos. En países como España, al tratarse de un menor, el médico solicita autorización, con base en el ordenamiento jurídico, para actuar y omitir el consentimiento de los representantes legales, en casos, por ejemplo, que amerite transfusión sanguínea o trasplante, para así, protegerse de una probable responsabilidad legal; esto es viable siempre y cuando el médico tratante pruebe que se cumplen los requisitos de urgencia, los cuales varían de un país a otro.

La objeción de conciencia es el acto personalísimo, consiente y reflexionado de actuar o no ante determinada norma que contenga una disposición expresa y que ésta contravenga la ideología, la ética, la moral o los principios religiosos de una persona. También debe entenderse como la negativa o el rechazo al cumplimiento de un deber jurídico de naturaleza personal, por razones de conciencia, solicitando ser dispensado del cumplimiento de dicho deber (Seoane, 2009). Actualmente, más allá de ser la rotunda negación de una persona a realizar honores a símbolos patrios, o el rechazo a una hemotransfusión, el objetar en conciencia se constituye en una convicción personal en la que, en este último caso existen postulados, preceptos y principios jurídicos que emanan de la propia ley y establecen íntimas relaciones con la bioética y la *praxis* médica.

La libertad de conciencia implica el derecho a la diversidad de creencias e ideas que, abarcan desde lo religioso hasta lo cultural o político, pudiendo manifestarlas, silenciarlas o cambiarlas a través de conductas, actitudes o actividades que conllevan el derecho a la libertad de formación de la propia conciencia.

Esta libertad comprende, además, tanto una referencia a la dimensión interna de la libertad religiosa, como a su dimensión externa. La faceta interna de la libertad religiosa se relaciona íntimamente con la libertad ideológica y, en términos generales, atiende a la capacidad de los individuos para desarrollar y actuar de conformidad con una particular visión del mundo en la que quede definida la relación del hombre con lo divino. La Constitución protege la opción de abstenerse de desarrollar los contenidos del derecho a la libertad religiosa, lo cual queda asegurado por la prohibición de discriminación contenida en el artículo primero. En esta vertiente interna, la libertad religiosa es ilimitada, puesto que el Estado carece de medios directos para cambiar, imponer o eliminar lo que el individuo desarrolla en su más irreductible ámbito de intimidad como lo es su pensamiento. Sin embargo, existen medios por los cuales el Estado y los particulares moldean de hecho las creencias de las personas y, en los casos en los que, por el tipo de fines perseguidos o por los medios usados, el impacto sobre esta dimensión sea empíricamente ostensible y sobrepase los niveles ordinarios, no puede descartarse que la dimensión interna cobre relevancia para el control de constitucionalidad de normas y actos. La dimensión o

proyección externa de la libertad religiosa es múltiple y, generalmente se entrelaza de modo estrecho, con el ejercicio de otros derechos individuales, como la libertad de expresión, la libertad de reunión o la libertad de enseñanza. Una proyección típica y específica, pero en modo alguna única, que la Constitución menciona expresamente es la libertad de culto, que se refiere a la libertad para practicar las ceremonias, ritos y reuniones que se asocian con el cultivo de determinadas creencias religiosas (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro: 173253, 2007).

La libertad de religión y la libertad de credo interactúan de manera dinámica con la libertad de reunión, de enseñanza, de expresión y de pensamiento, lo que en su conjunto forma parte de la identidad de los seres humanos. Esto debe considerarse en atención a los principios de interdependencia e indivisibilidad, de donde se desprende que los derechos humanos tienen como origen común la dignidad humana y estos se interrelacionan y dependen recíprocamente unos de otros; por lo cual, es improcedente relegar algunos para conceder prioridad a otros ni puede existir jerarquía entre ellos. Esta es la razón por la cual todos los derechos humanos deben ser objeto de la misma protección, ya que son derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes; el avance de uno facilita el avance de los demás, de la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás.

Para que exista objeción de conciencia, primero debe haber *libertad* de conciencia, y esta última encuentra su origen en la neutralidad religiosa del Estado; pues, de lo contrario, habría homogeneidad de criterios y opiniones, y no habría actos que impugnar en conciencia.

Al Estado, que garantiza a su población la no injerencia en la decisión de imponer determinado credo o religión se le denomina *Estado Laico*, éste se constituye únicamente en un regulador, en su carácter de autoridad soberana, en relación con las diferentes religiones que pudieran existir (no en lo interno ni estructural, sino en la influencia que puedan tener como individuos dentro del sistema socio-político del propio Estado); en ese sentido tiene su justificación la fórmula de la primacía de la libertad de conciencia entre los derechos fundamentales.

Pero ¿hasta dónde debe de llegar la neutralidad del Estado? Si la *laicidad* del Estado conlleva a una imparcialidad religiosa y de conciencia, la neutralidad garantizada debe ser absoluta, y proyecta así una imparcialidad oficiosa porque, de lo contrario, al establecer un culto determinado como oficial, interviene en la generación de una conciencia colectiva.

En un Estado de derecho es dable realizar el cuestionamiento: ¿por qué permitir la desobediencia civil con fundamentos religiosos? Ciertamente es que toda persona tiene derecho a la libertad del pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, lo cual se encuentra tutelado, tanto en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948, artículo 18), así como en criterios nacionales.

Respecto de los criterios nacionales, la libertad religiosa tutelada por el texto constitucional tiene una vertiente interna que atiende a la capacidad de los individuos para desarrollarse y actuar de conformidad con una particular visión del mundo en la que quede definida la relación del hombre con lo divino; y una vertiente externa a la que alude particularmente dicho precepto constitucional al establecer que “todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que

no constituyan un delito o falta penados por la ley”. Por actos de culto público hay que entender no sólo los externos sino también los colectivos o grupales, y además pertenecientes al ámbito de la expresión institucionalizada de la religión. No todo acto de expresión externa de una creencia religiosa es un acto de “culto público”, como es el caso de portar alguna imagen religiosa, ya sea en el cuello o alguna otra parte del cuerpo. El hecho de que varias personas lleven dichos símbolos conjuntamente no convierte a esa coincidencia en un acto de culto público. Los actos de culto público son los específicamente orientados a desarrollar de manera colectiva los ritos, ceremonias y prácticas que las diferentes religiones reconocen como manifestaciones institucionalizadas o formalizadas de su fe religiosa, definidas y gobernadas por reglas preestablecidas por ellas (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro: 173252, 2007).

Es de destacarse que el texto constitucional sólo alude a la participación en ceremonias, devociones y actos de culto, y condiciona que no constituyan delito o falta penados por la ley para su realización y debe resaltarse el reconocimiento que se hace de la perspectiva cosmológica que en lo particular puedan tener los individuos, en relación con la religión que profesan y la manera de exteriorizar esa devoción religiosa propia de cada culto.

La base ideológica nacional está reflejada en el texto constitucional, siendo permisivo en cuanto a las libertades de convicciones éticas, de conciencia y de religión, además, actualmente ha quedado establecido que la objeción de conciencia no necesariamente tiene una base religiosa; es decir, va más allá de hacer o no hacer con base en preceptos religiosos.

Fue hasta 1917, cuando en el artículo 130 constitucional se estableció una división entre la Iglesia y el Estado: “corresponde a los Poderes Federales ejercer en materia de culto religioso y disciplina externa la intervención que designen las leyes. La ley no reconoce personalidad alguna a las agrupaciones religiosas denominadas iglesias (...)” (CPEUM, 1971).

La frase introductoria del texto constitucional de 1857, reza: “En el nombre de Dios y con la autoridad del pueblo mexicano (...)”, lo que evidencia que la laicidad pretendida desde mediados del siglo XIX, se plasmó en forma incipiente en el artículo 130 de la CPEUM de 1917; pero en la reforma de 1992, se estableció en el mismo precepto: “El principio histórico de la separación del Estado y las iglesias orienta las normas contenidas en el presente artículo (...)”. Fue hasta 2016, con la reforma al artículo 40 constitucional, cuando se declaró que México es una República *laica*, al incluir expresamente este término en la redacción.

La libertad de conciencia se constituye en una herramienta del Estado laico al momento que alienta la corresponsabilidad y participación de los ciudadanos en sus actividades cotidianas, estableciendo con ello una conciencia colectiva, la cual es la base de la opinión pública.

La razón de ser y la finalidad a la que, en última instancia, sirven las normas jurídicas, y en términos generales el Derecho, es la de garantizar a todos los gobernados un espacio lo más amplio posible para su libre desarrollo.

El texto constitucional, tanto en sus normas, como en el conjunto de principios y valores que integran su marco ideológico, contiene una serie de derechos personales, algunos tácitos y otros implícitos, a los que debe prestarse atención.

La Constitución proporciona, a través de los diversos ordenamientos, que a su vez emanan de ella, sendas leyes secundarias o reglamentarias que van destinadas a regular el quehacer cotidiano de la nación. En particular, interesa, por ahora, las

que van encaminadas a los distintos profesionales, y de ellos a los de la salud, que enfrentan a objetores de conciencia, con opiniones que se contraponen a criterios institucionales, como es el caso de la Ley General de Salud, reglamentaria del artículo 4° Constitucional.

En este plano, es la objeción de conciencia una confrontación de valores, un conflicto entre un deber y una obligación; materializándose en la negativa a realizar determinados actos por considerarse incongruentes con los valores personales, por lo que también es considerada como un acto de desobediencia a la ley, aun cuando se considere de manera pacífica.

El ejercicio del profesional de la salud está acompañado de virtudes en las que se involucra la convicción personal y profesional. Por ello, es relevante saber hasta dónde aplica el juramento hipocrático, cuando va en contra de la ideología, ética, credo y moral; cuando se actúa por obligación profesional y entra en el dilema que se presenta entre la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad, haciendo la diferencia entre *debo*, *quiero* o *necesito*.

Al respecto, Pellegrino (1990, pp. 8-17) señala “que una de las virtudes médicas es la justicia, la cual implica, —entre otras—, que la relación entre el médico y el paciente debe basarse en la confianza”. De esta forma, el médico se obliga a darle a cada paciente, sin importar edad, género, religión, credo, ideología, condición social y económica, lo que es suyo; es decir, a lo que tiene derecho. Una virtud no menos importante que la señalada es la prudencia, es decir, todo aquello que implica las razones que conducen el actuar de un médico en cada caso particular.

Estar reflexiones resultan ser expresión de la profunda convicción moral del objetor, y como táctica efectiva para llamar la atención sobre el tema; por cuanto la objeción no se trata sólo de la complacencia o no a una norma considerada injusta, es una respuesta o actitud derivada de un sentir más profundo, reflexionado y fundado en la propia conciencia del objetor. Por otra parte, destaca la tenue línea que existe entre un simple y llano acto de resistencia por interés particular o colectivo de un acto de objeción, ya que éste se presenta contra normas o instancias sociales y legales, no sólo válidas y necesarias, sino que generalmente aceptadas.

Atenta contra la integridad moral, cualquier acción realizada intencionalmente con el fin de opacar, aminorar o eliminar esa autopercepción, base de la autoestima, como la radical libertad de quien es dueño de sus propias decisiones con capacidad de disponer, o con el fin de oscurecer su conocimiento y discernimiento necesarios para la libre elección de una conducta a seguir. La persona debe ser tratada de un modo que sea compatible con esa dignidad, sin importar credo, posición socioeconómica, color o raza, etc. La objeción de conciencia no sólo se presenta como una desobediencia civil o la negación a la realización de un acto médico sobre el cuerpo del objetor.

Frente a este prisma de supuestos, se encuentra contrapuesto el conjunto de objeciones de conciencia, a su vez, de quien siente o posee la obligación de hacer o no, como es, la objeción del personal sanitario, ya que en los servicios de salud, la objeción de conciencia puede ser observada desde dos perspectivas, la del prestador de los servicios de salud, quien adopta un criterio de negación para realizar determinados procedimientos médicos o quirúrgicos, como lo pudieran ser la no participación en transfusiones de sangre en un menor de edad, que es de las prácticas frecuentes y constituye uno de los dilemas bioéticos más discutidos por los diversos comités intrahospitalarios (principalmente el Comité Técnico-Legal y el Bioético). Por otro lado, el no realizar cirugías transgénero, abstenerse de prolongar artificialmente la vida, el llamado encarnizamiento terapéutico o colaborar en prác-

ticas experimentales de nuevos tratamientos farmacológicos, alimentación forzada o clonación.

Fortaleciendo a la Objeción de Conciencia se encuentra el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, psíquica y moral, el derecho a la calidad de vida, el derecho a la protección de la salud, sobre todo si la definición se basa en lo que establece la Organización Mundial de la Salud (OMS, 1946) cuando señala que la “salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” y en ese tenor, el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social; y en la actualidad, lo que conlleva, dentro de la misma dimensión subjetiva, al derecho de morir con dignidad.

El profesional de la salud cuida la vida, la integridad y la salud de la persona que acude en demanda de sus servicios, pero se intercala otro derecho, frente al cual el médico no invoca su deber de cuidar la vida y la salud del paciente: el derecho de negación por objeción de conciencia, lo que significaría el derecho de objetar (y presar un servicio profesional de cuidados) a objetores.

Las ciencias de la vida y de la salud se ligan al Derecho en la medida en que se ajustan sus parámetros a los que emanan del texto constitucional y del Derecho internacional en atención a los derechos humanos.

Las ciencias y el Derecho se conectan con la bioética, para lograr que realmente todo ser humano sea tratado y asumido como una persona dotada de dignidad y esté protegida por normas jurídicas, generándole derechos y obligaciones.

En la actualidad, en México existe una carencia de criterios homogéneos entre los profesionales de la salud sobre el manejo que se deba dar a las posibles responsabilidades y procedimientos derivados de situaciones específicas con pacientes objetores de conciencia. No solo existe discrepancia entre el propio personal médico al interior del hospital, sino que ésta es interinstitucional pues, por la simple naturaleza de atención del público o de los asuntos relacionados a estos casos, se observa que en los servidores públicos, de diferentes instancias, hay disparidad de criterios. Un ejemplo de ello, es el manejo que da la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) frente al otro que establecen, a este tipo de circunstancias, las diferentes Fiscalías de Justicia del país, lo que provoca que un mismo acto sea tratado de manera diferente, es decir, la primera protege y promueve la objeción, las segundas investigan y persiguen probables delitos derivados de dicha objeción.

Cuando se analiza el origen de la responsabilidad médica y de la objeción de conciencia, con la finalidad de saber cuál de ellas surgió primero, es evidente que la primera es más antigua,² pero ambas se presentan cotidianamente en la actualidad, haciendo manifiesta la necesidad de establecer una normatividad, y que en ella converjan las necesidades de los objetores frente a la realidad de los profesionales de la salud y el actuar de las distintas instituciones que participan en el seguimiento de estas circunstancias y sus resultados.

Establecer los límites bioéticos y legales de la responsabilidad médica profesional derivada de la atención a un objetor de conciencia es difícil, ya que existen diversos criterios de atención, tanto personales como institucionales, incluso cuando el profesional, a su vez, se convierte en objetor, bien sea en ciencia o conciencia, de la atención de un objetor, toda vez que existe la obligación ética del profesional

² El registro más antiguo del que se tiene conocimiento en el que ha quedado plasmada la regulación a la práctica médica es el Código de Hammurabi, el que imponía sanciones taliónicas a los médicos, ya que este ordenamiento tiene como fuentes inspiradora la Ley del Talión.

de respetar la decisión del paciente o familiar del mismo, ante la realización de una práctica médica fundada en la negación por objeción de conciencia, aun cuando este ejercicio ponga en riesgo la vida del paciente y se contraponga a la ética profesional del médico.

Fue hasta el 10 de octubre de 2017 que los integrantes de la Cámara de Diputados votaron a favor de introducir el concepto de objeción de conciencia que antes no estaba previsto en la Ley General de Salud. Con lo anterior se adicionó al Título Tercero, “De los Servicio de Salud” en su Capítulo Tercero de los Prestadores de Servicios de Salud el texto: “Cualquier persona integrante del Sistema Nacional de Salud tiene derecho a excusarse de participar en cualquier programa, actividad, práctica, tratamiento, método o investigación que contravenga su libertad de conciencia”. Lo anterior con la salvedad de que cuando se trata de urgencia médica o está en riesgo la vida del paciente no se podrá invocar objeción de conciencia.

El nuevo marco jurídico reconoce a la objeción de conciencia como un derecho que emana de la propia libertad de conciencia.

Los valores contenidos en la CPEUM, como cúpula normativa, –por lo menos en el terreno de lo abstracto–, deben emanar de los propios valores sociales. Respecto del contenido del artículo 24 constitucional, su sentido no conlleva a un absolutismo de la conciencia, según el cual, una vez que un proveedor de atención médica objeta en conciencia, este prestador de servicios de salud está exento de realizar cualquier acción en contrario, bajo cualquier circunstancia, es decir, queda sin la obligación de proporcionar servicios que violen su conciencia. El tema alcanzó tales dimensiones que, en 2005, se hizo necesario crear la Comisión Nacional de Bioética, como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud con autonomía técnica y operativa, responsable de definir las políticas nacionales que plantea esta disciplina, así como también asesorar a los Comités Internos de Bioética sobre el trato y manejo de los objetores en conciencia; ya que estos deben de avalar cada caso de manera individual.

La libertad de conciencia está reconocida y protegida por la norma constitucional, pero esto no la convierte en un derecho absoluto, ya que no existen derechos absolutos o súper derechos que permitan jerarquizar y posicionar unos por encima de otros.³ Es el juzgador quien debe determinar en cada caso particular si la restricción legislativa a un derecho fundamental es admisible dadas las previsiones constitucionales, y si es el medio necesario para proteger los fines o intereses constitucionalmente amparados; no obstante, también debe de considerarse que la decisión del juzgador tiene una carga importante de subjetividad. Las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro: 160267, 2012).

En el caso de los menores de edad, y, por tratarse de un grupo vulnerable, el Estado tiene la obligación de tutelar sus derechos en forma diferenciada. No debe de darse el carácter de un derecho absoluto a la objeción de conciencia de los representantes legales, ya que en casos de urgencia y ante la necesidad de un proce-

³ Al respecto cabe recordar los principios de interdependencia e indivisibilidad que rigen en materia de derechos humanos.

dimiento específico que salve la vida del menor, el ejercicio de ese derecho anula el derecho a la salud del directamente afectado.

Si existe objeción de conciencia en materia de salud, se trata de un derecho restringido y condicionado a las circunstancias de quien lo ejerce y del lugar en donde se manifiesta; ya que se dan restricciones que, por un lado, son las obligaciones profesionales que tienen los médicos, como son el de promover y garantizar la salud, el bienestar del usuario y respetar los principios de autonomía, benevolencia, justicia, no maleficencia, así como respetar la dignidad del paciente.

Resulta inadmisibles intentar jerarquizar la objeción de conciencia, como derecho humano, y darle mayor valor que a otros derechos; al respecto, el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) establece que las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y las libertades reconocidas no pueden aplicarse sino conforme a las leyes dictadas en razón del interés general y de acuerdo con el propósito para el cual han sido establecidas. Los límites previstos en los invocados ordenamientos sirven como elementos que el juez constitucional debe tomar en cuenta para considerar válidas las restricciones o la suspensión de derechos y son:

- a) que se establezcan en una ley formal y material (principio de reserva de ley) dictada en razón del interés general o público, en aras de garantizar los diversos derechos de igualdad y seguridad jurídica –requisitos formales–; y,
- b) que superen un test de proporcionalidad, esto es, que sean necesarias; que persigan un interés o una finalidad constitucionalmente legítima y que sean razonables y ponderables en una sociedad democrática –requisitos materiales– (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro: 2003975, 2013).

El interés superior de los menores –entendidos como niñas, niños y adolescentes–, implica la protección del Estado para que ellos puedan gozar de un pleno desarrollo bio-psico-social, y el libre y pleno ejercicio de sus derechos debe ser considerado como criterio rector para el diseño de normas y la aplicación de éstas en todas las esferas de su vida. Todas las autoridades de los tres órdenes de gobierno deben asegurar y garantizar que en los asuntos, decisiones, políticas públicas, planes, programas y acciones de gobierno en las que se les involucre, los menores tengan garantizado el pleno disfrute y goce de sus derechos humanos. El principio del Interés Superior del Menor implica que la protección de sus derechos debe realizarse por parte de las autoridades a través de medidas diferenciadas en los ámbitos que estén relacionados directa o indirectamente, ya que es primordial proteger sus intereses en función de sus particulares características y circunstancias.

En la Convención sobre los Derechos del Niño se encuentran diversas obligaciones para los Estados firmantes, y todas estas son fundamentales, ya que deben comprometerse a velar porque todas las decisiones políticas, judiciales y administrativas, así como la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos es una consideración primordial, lo que también incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el Interés Superior del Niño y la importancia que

se le ha atribuido en cada decisión. Esto deja claro que, aun cuando son titulares de derechos, los menores también son objeto de protección por parte del Estado, y éste debe justificar cada una de las decisiones que se tomen y que afecten sus intereses.

Por ello, los prestadores de servicios de salud, las instituciones en las que laboran, las instancias que protegen los derechos humanos, las Contralorías, así como las Fiscalías, y en términos generales todas las instituciones que participan en la investigación y aplicación de la norma en los hechos constitutivos de responsabilidad, deben de contar con criterios, reglas y medidas para que ésta pueda ser deslindada y en su caso aplicada, en particular cuando atañe a menores.

Se observa la incongruencia jurídica derivada de las normas que se contraponen, y a las cuales, después de pasar por el tamiz de la razón, se concilia la realidad jurídica de la objeción de conciencia o el establecimiento de la jerarquización de la ley para su observancia y aplicación de la correlativa normatividad.

La Ley General de Salud, establece –en abstracto–, derechos y obligaciones hacia el prestador de servicios de salud, así como también para los usuarios de estos servicios, los cuales en términos estáticos distan de representar un problema, no así cuando estos derechos se dinamizan. A manera de ejemplo: la Ley establece que la sangre es un tejido, en consecuencia, la transfusión sanguínea es un trasplante para el cual, legalmente, se requiere tanto la aceptación del donante como del receptor; el dilema se presenta cuando en casos de extrema urgencia, a un menor se le debe de realizar este trasplante para salvar su vida y, en términos de la propia norma, el paciente menor de edad es incapaz para otorgar el consentimiento, por lo que son los representantes legales –padres o tutores–, quienes, por razones religiosas, ejercen el derecho de objetar en conciencia; ante este hecho real y cotidiano es fundamental establecer los parámetros con base en la legislación vigente aplicable, bajo los cuales el profesional de la salud debe actuar, pero también se deben deslindar responsabilidades.

De igual manera, la Ley señala que no se tienen preferencias sobre personas de determinada religión, situación relevante para las personas que objetan en conciencia por motivos religiosos en los casos de las prácticas quirúrgicas y sobreponen esta condicionante sobre otras.

El Expediente Clínico (Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, 2012), es un documento legal en el que deben quedar registradas las condiciones bajo las que se presenten los incidentes y accidentes que surjan en la prestación de un servicio de salud, contiene datos personales de un paciente y se integra en todo tipo de establecimiento para la atención médica, ya sea social o privado; consta de documentos escritos, gráficos, imagenológicos, electrónicos, magnéticos, electromagnéticos, ópticos, magneto-ópticos y de cualquier otra índole. El personal de salud deberá realizar los registros, anotaciones –en su caso–, constancias y certificaciones correspondientes a su intervención en la atención médica del paciente, con apego a las disposiciones jurídicas aplicables y, es el profesional de la salud que brinda la atención, el encargado de la elaboración de la nota correspondiente, por lo que debe considerarse que en los casos de urgencia médica resulta obvio, por ser prioritario, que primero se brinde la atención médica hasta estabilizar al paciente y posterior a ello se elabore la nota a la que se refiere la disposición normativa.

La misma Norma Oficial Mexicana, en su numeral 4.2, señala que las Cartas de Consentimiento Informado son los documentos escritos, signados por el paciente, por su representante legal o familiar más cercano, mediante los cuales se acepta un procedimiento médico o quirúrgico con fines diagnósticos, terapéuticos, rehabi-

litatorios, paliativos o de investigación, una vez que se ha recibido información de los riesgos y beneficios esperados para el paciente.

El consentimiento informado se refiere al derecho del paciente de otorgar o no su consentimiento, válidamente informado en la realización de tratamientos o procedimientos médicos, como consecuencia necesaria o explicitación de los derechos a la vida, integridad física y libertad de conciencia (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro: 2001271, 2012), pero cuando concorra un caso de urgencia o el paciente se encuentre en un estado de incapacidad transitoria o permanente y sea imposible obtener la autorización de su familiar más cercano, tutor o representante para los tratamientos o procedimientos médico-quirúrgicos necesarios, los médicos, previa valoración del caso y con el acuerdo de dos de ellos, realizarán el tratamiento o procedimiento que se requiera, dejando constancia de su actuar, en el expediente clínico.

De esa manera, el sistema jurídico mexicano realiza una ponderación entre la voluntad del paciente y las obligaciones que tiene el personal médico-sanitario de emprender las acciones necesarias para respetar y proteger el derecho a la salud, la integridad y/o vida de un ser humano. El caso de urgencia que justifica el acto médico a pesar de la ausencia de consentimiento del paciente, es la forma en que el ordenamiento jurídico reconcilia ambos valores y prioriza la protección de la salud, pero sujeta, en consecuencia, al médico o diverso profesional médico-sanitario a un estándar más alto para acreditar su debida diligencia médica: tendrá que demostrar que esa actuación era imperiosa para la protección de la integridad o vida del paciente (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro: 2012106, 2016).

No obstante, también señala que el acto médico, que involucre un alto riesgo al paciente, que fue realizado sin acreditarse un caso de urgencia o sin recabarse el debido consentimiento informado, se reputará como una negligencia médica por transgresión a la *lex artis ad hoc*,⁴ si se tiene por satisfecho el resto de los elementos de la acción: la existencia de un daño y que tal acto negligente originó o fue un factor determinante en su producción.

En México, este criterio también debe considerarse en términos diferenciados, por ser disímiles las condiciones en las que actúan los médicos de zonas urbanas y de zonas rurales, tratándose de infraestructura, materiales, equipo, personal especializado y medicamentos, —entre otros—; de la misma manera debe sopesarse si se trata de medicina privada o social. También se debe tomar en cuenta que el tratamiento a aplicarse *per sé*, es diferente a la forma cómo éste se administre, a partir de la disponibilidad de recursos y finalmente, cada ser humano es único e irrepetible, y esa es la razón por la cual cada organismo reacciona de manera diferente.

Puede darse el supuesto de que, a dos pacientes con los mismos síntomas, de la misma edad, del mismo sexo, atendidos por el mismo médico, se les administre el mismo tratamiento y ambos reaccionen de forma diferente; debe considerarse que esto es producto de su genoma, entendido como todo el ADN del organismo, el cual es único en cada paciente.

Cuando se brinda atención médica de urgencia a un menor que requiere de determinado procedimiento como la hemotransfusión, se tiene por entendido que

⁴ *Lex Artis* significa Ley del arte y *Ad hoc* significa para propósito específico. En el caso de la objeción de conciencia y los tratamientos médicos o quirúrgicos, debe entenderse como el conjunto reglas, normas y procedimientos que deben atender los profesionales de la salud en casos específicos, cuando se comprometa la vida de un paciente, ya que en el supuesto de que el paciente o los familiares, manifiesten su desacuerdo se someterán revisión las acciones ejecutadas para determinar si, en opinión del gremio médico, fueron o no correctas.

es de manera inmediata, y resulta impráctico y hasta innecesario que el médico elabore la nota médica, convoque al Comité de Bioética respectivo y solicite a la Fiscalía correspondiente la autorización para realizar el procedimiento pues, para cuando todo esto ocurra, ya pudo haber ocurrido la muerte del paciente.

En la actualidad, el expediente clínico se convierte en un documento indispensable para la defensa del médico ante las diversas instancias legales, por lo tanto, se analiza la unilateralidad de este documento en la práctica profesional, su validez y probatoriedad. Esto hace evidente la necesidad de contar con un marco jurídico referencial en materia de objeción de conciencia en el derecho sanitario, puntualizando la prestación de servicios de salud de urgencia tratándose de menores de edad. El marco legal nacional tiene una laguna en torno a la eutanasia,⁵ la distanasia⁶ y la ortotanacia,⁷ figuras jurídico-sanitarias que se presentan cotidianamente en el quehacer médico.

El Derecho debe evolucionar en forma ordenada, para lograr una actualización que reglamente los actos y hechos jurídicos mencionados, con base en principios bioéticos y de respeto a la autonomía de los pacientes.

EL MENOR COMO OBJETOR DE CONCIENCIA

La regla general indica que el profesional de la medicina tiene como objetivo primordial el salvaguardar la salud, la vida y la integridad física, emocional y mental del paciente, pero la parte humana de la medicina va más allá de la atención para sanar un cuerpo; la estructura bio-psico-social del usuario de los servicios de salud apunta también hacia lo emocional, espiritual y social.

El equilibrio mente-cuerpo es uno de los factores más importantes para crear inmunidad psicológica y física (Riso, 2016), por lo que es fundamental que el menor se sienta considerado y escuchado; su opinión en la toma de decisiones referente a su tratamiento y seguimiento asegura el éxito del resultado.

La Ley General de Salud, intrínsecamente, incluye la objeción de conciencia al otorgar al paciente la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento a través del consentimiento informado; esto hace necesario que en México exista la homologación de criterios contenidos en los ordenamientos legales, para lograr establecer los límites bioéticos y legales de la responsabilidad médica profesional, frente a un objetor de conciencia, cuando el paciente es un menor de edad.

Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones; sin embargo, la regulación de estas restricciones no puede, ni debe ser

⁵ Del griego: *eu*: bueno y *thanatos*: muerte. Aunque se debería de tratar de una práctica, que como su nombre lo dice: del bien morir. Existen sistemas jurídicos que lo consideran como el homicidio del paciente a cargo de su médico o familiar, en situaciones terapéuticas, ya que se requiere de la ayuda del médico o de un familiar hacia el paciente para que sea considerada como eutanasia.

⁶ Distanasia debe entenderse como antónimo de la eutanasia, significa el encarnizamiento terapéutico también conocida como obstinación terapéutica; es el empleo de todos los medios posibles, sean proporcionados o no, para retrasar el advenimiento de la muerte, o prolongamiento de la agonía a pesar de que no haya clínicamente esperanza alguna de curación. Esta práctica es común hoy en día en los Hospitales de Tercer Nivel en Alta Especialidad del país.

⁷ Del griego *orthos*: recto y ajustado a la razón y del griego *thanatos*: muerte. Conocida como muerte digna, los postulados ideológicos de esta corriente han dado como resultado la creación de ordenamientos jurídicos en diversos países; tal es el caso de México con la Ley de Voluntad Anticipada, la cual señala que la persona, en estado de plena conciencia, manifieste su más libre y espontánea voluntad ante la negativa de aplicación de medidas terapéuticas cuando la *lex artis*, señala un mal pronóstico para la vida. Es conocida como el justo medio entre la eutanasia y la distanasia.

arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario, con el propósito de restringir los derechos fundamentales, sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos:

- a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional esto es, el legislador ordinario solo puede restringir o suspender el ejercicio de los derechos, o bien las garantías, con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones soportadas con fundamentos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional; es decir, no basta que la restricción sea, en términos amplios, útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y,
- c) ser proporcional; esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos protegidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es admisible dadas las previsiones constitucionales; si es el medio necesario para proteger los fines o intereses amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán encontrarse en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro: 160267, 2012).

Si existe objeción de conciencia en materia de salud, se trata de un derecho restringido y condicionado a las circunstancias de quien lo ejerce y del lugar en donde se manifiesta; ya que existen restricciones que, por un lado, pudiera ser las obligaciones profesionales que tienen los médicos de promover la salud, el bienestar del usuario y respetar los principios de autonomía, benevolencia, justicia, no maleficencia, así como –en términos generales–, respetar la dignidad de los pacientes.

Es inadmisibles permitir la supremacía de la objeción de conciencia sobre los derechos a la vida y a la salud misma y, es aquí donde la objeción de conciencia genera controversia, en lo que respecta específicamente al menor de edad, quien se encuentra limitado a decidir sobre el diagnóstico y el tratamiento.

Los Testigos de Jehová advierten que se puede considerar que un menor es maduro cuando muestra capacidad para poder convertirse en objeto y tomar sus

propias decisiones sin que se limite la edad, incluso es posible que tenga menos de 12 años, lo que le brinda la posibilidad de tener los mismos derechos que los adultos y generar una respuesta ante un consentimiento informado. Sin embargo, el término maduro no siempre está aparejado a la edad del menor, por lo que debe estar contemplado entre los puntos para legislar la participación de los menores como objetores, ya que el manual que presenta este grupo religioso carece de reconocimiento y validez jurídica en México, y aun cuando se involucren sus Comités de Enlaces Hospitalarios y los Comités de Bioética, el marco legal mexicano lo desconoce, actuando en función de las atribuciones constitucionales y que la Ley de Salud le permitan, ya que el Estado es laico y se vale de la manifestación de la conciencia institucional.

El Principio 5, de la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del Paciente (1981), señala que, si el paciente es menor de edad o está legalmente incapacitado, se requiere el consentimiento de un representante legal en algunas jurisdicciones, sin embargo, el paciente debe participar en las decisiones, al máximo que lo permita su capacidad, lo que da la oportunidad para que los médicos escuchen su opinión, aun y cuando se requiera la autorización del padre o tutor para autorizar que se realice o se rechace un procedimiento médico.

El caso de urgencia que justifica un procedimiento o acto médico, a pesar de la ausencia de consentimiento del paciente, o de su representante legal, es la forma en que el ordenamiento jurídico reconcilia ambos valores, privilegiando la protección de la salud, pero sujetando, en consecuencia, al médico, o diversos profesionales médico-sanitarios, a un estándar más alto para acreditar su debida diligencia, quien tendrá que demostrar que esa actuación era imperiosa para la protección de la integridad o vida del paciente, lo que deberá realizar con otro profesional médico, asentando sus razones para acreditar el estado de urgencia y detallando toda la información relevante en el expediente clínico, bajo su más estricta responsabilidad.

Esta determinación no prejuzga sobre los supuestos de negativa de consentimiento por objeción de conciencia o libertad religiosa por tanto, el acto médico que involucre un alto riesgo para el paciente, cuando no se acredite el caso de urgencia o no se recabe el debido consentimiento informado, se reputará como una negligencia médica por transgresión a la *lex artis ad hoc*, si se tiene, además, por satisfecho el resto de los elementos de la acción: la existencia de un daño y que tal acto negligente originó o fue un factor determinante en su producción.

CONCLUSIONES

- Deben establecerse criterios generales homogéneos y protocolos basados en la norma vigente para puntualizar a los profesionales de la salud el manejo profesional e institucional de menores a quienes sus padres o tutores objetan un procedimiento médico-quirúrgico, que requiere ser aplicado en casos de urgencia.
- La armonía legislativa, no solo implica que las leyes, ordenamientos, códigos, reglamentos, manuales, y cualquiera otra norma de observancia obligatoria contenida en documentos oficiales, se entienda en el mismo sentido al momento

de interpretarlas. Es el legislador quien debe tener un conocimiento profundo de la realidad social y de las características de una sociedad heterogénea, como lo es la dinámica sociedad mexicana, para que, desde el ordenamiento, se cuente con una base sólida para sensibilizar las conciencias, tanto individuales como colectivas.

- La norma no puede ni debe desvincularse de los valores morales –particulares, así como los de grupo–, que subyacen en la sociedad donde ha de aplicarse. Los legisladores son los representantes del pueblo, son quienes no sólo están legitimados en lo legal, sino también en lo social; mismos que son los responsables de que esa armonía exista en todo el cuerpo normativo, que emana del poder del Estado.
- No deben crearse conciencias homogéneas, sino normar el procedimiento cuando colisionen, –aun cuando solo sea en apariencia–, derechos, como lo son los derechos humanos de los menores, la libertad de conciencia de los médicos y la libertad de creencias religiosas de los padres, cuando se trata de la salud de un menor.
- Se debe delimitar y, en su caso, establecer las excepciones a la responsabilidad médica profesional, frente a los objetores de conciencia, a través de un cuerpo normativo específico en las que se consideren las circunstancias específicas de la prestación de los servicios de salud.
- La actividad médica debe contar con un marco jurídico actualizado; esto, en relación con la cotidianidad que se vive en las instituciones de salud ante el ejercicio de la objeción de conciencia, fortaleciendo los Comités Intrahospitalarios de Bioética.
- Se deben establecer mecanismos y procedimientos ágiles y prácticos en los que, cuando un padre o tutor objete determinada atención requerida por un menor y que ésta, sea fundamental para la recuperación de su salud, intervengan las autoridades competentes como la Fiscalía General de Justicia, la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes y los Comités Intrahospitalarios, y así proteger la integridad del menor, por ser obligación del Estado la salvaguarda del Interés Superior del Niño.

REFERENCIAS

1. Código de Hammurabi, Rey de Babilonia Hammurabi. Publicado: 1728 Categoría(s): No Ficción, Derecho, Público Fuente: Feedbooks. Recuperado de <http://es.feedbooks.com/book/7088/c%C3%B3digo-de-hammurabi>.
2. Comisión Nacional de Bioética. Diario Oficial de la Federación, Ciudad de México, México, 7 de septiembre de 2005.

3. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Diario Oficial de la Federación, Ciudad de México, México, 15 de febrero de 1917.
4. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José (1969). Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.
5. Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Derechos Humanos. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>.
6. Declaración de Lisboa (1981). Recuperado de <https://www.wma.net/es/policies-post/declaracion-de-lisboa-de-la-amm-sobre-los-derechos-del-paciente/>.
7. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Recuperado de <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.
8. Dictamen de la Comisión de Salud sobre la iniciativa que adiciona el Artículo 10-Bis a la Ley General de Salud (sic). Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/iniclave/CD-LXIII-III-1P261/02_dictamen_10oct17.pdf.
9. Dixon, J. (1988). Transfusiones de sangre: ¿De quién es la decisión? ¿La conciencia de quién debe respetarse? Recuperado de <https://www.jw.org/es/publicaciones/libros/C%C3%B3mo-puede-salvarle-la-sangre/Transfusiones-de-sangre-De-qui%C3%A9n-es-la-decisi%C3%B3n-La-conciencia-de-qui%C3%A9n-debe-respetarse/>.
10. Ley General de Salud. Diario Oficial de la Federación, Ciudad de México, México, 7 de febrero de 1984.
11. Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, del Expediente Clínico. Diario Oficial de la Federación, Ciudad de México, México, 15 de octubre de 2012.
12. Pellegrino, E. D. (1990). La relación entre la autonomía y la integridad en la ética médica. Organización Panamericana de la Salud. Bioética: temas y perspectivas. Washington (DC): Organización Panamericana de la Salud.
13. Riso, W. (2016). *Sabiduría emocional. Un reencuentro con las fuentes naturales del bienestar y la salud emocional*. México: Océano.
14. Secretaría de Salud. Norma Oficial Mexicana. Recuperado de <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/003ssa23.html>.
15. Secretaría de Salud. Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012.

Del expediente clínico. Sistemas de información de registro electrónico para la salud. Intercambio de información en salud. Diario Oficial de la Federación, Ciudad de México, México, 30 de noviembre de 2012.

16. Seoane, J. A. (2009). *El perímetro de la objeción de conciencia médica. A propósito del rechazo de la transfusión de sangre por un paciente testigo de Jehová*. Indret Revista para el Análisis del Derecho (4). Recuperado de http://www.indret.com/pdf/682_es.pdf.
17. Testigos de Jehová (1995). *La familia, su cuidado y su protección. Tratamiento Médico para Testigos de Jehová*. Pensilvania E.U. Watch Tower Bible and Tract Society.
18. World Health Organization (WHO) (1946). *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Génova, Italia. Recuperado de http://www.who.int/governance/eb/whoconstitution_sp.pdf.

El juicio electoral como medio de impugnación de las sentencias del Tribunal Electoral del Estado de México en los procedimientos sancionadores

The electoral judgment as a means of impugnation of the judgments of the Electoral Court of the State of Mexico in the sanctioning procedures

NORMALIDIA NOVA ALPIZAR*

Resumen

En el presente estudio, desde el garantismo de Ferrajoli, se revisa al juicio electoral como medio de impugnación, que en la práctica se promueve para impugnar las sentencias que dicta el Tribunal Local en los procedimientos sancionadores ordinario y especial, aun cuando este juicio carece de sustento en las leyes electorales, asimismo, se revisan los medios de impugnación en materia electoral, así como la sentencia STJE-25/2018, que se generó con motivo de una elección municipal en el Estado de México y se reflexiona acerca de los motivos que existen para que se incluya el juicio electoral como medio de impugnación en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Palabras clave

Juicio de Revisión Constitucional en materia electoral, Juicio Electoral, medios de impugnación en materia electoral.

Abstract

The aim of this paper and from the guarantee of Ferrajoli, the electoral trial is reviewed as a means of challenge, which in practice is promoted to challenge the sentences issued by the Local Court in the ordinary and special sanctioning procedures, even though this trial lacks In the electoral laws, the means of challenge in electoral matters are also reviewed, as well as the STJE-25/2018 judgment, which was generated on the occasion of a municipal election in the State of Mexico and reflects on reasons that exist for the electoral trial to be included as a means of challenge in the General Law of the System of Means of Challenge in Electoral Matters.

Key words

Trial of Constitutional Review in Electoral Matters, Electoral Judgment, means of contestation in electoral matters.



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

*Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México, Estudios de Especialidad en Derecho Procesal Electoral y de Maestría en Derecho Electoral en el Centro de Formación y Documentación Electoral. En materia político-electoral se desempeña como asesor jurídico. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4201-5772>. Correo electrónico: silveral@hotmail.com.

INTRODUCCIÓN

Los medios de impugnación en materia electoral son los recursos con los que cuentan los ciudadanos, los candidatos independientes y los partidos políticos para acudir ante las autoridades jurisdiccionales a solicitar la restitución de un derecho de la esfera político-electoral que consideran vulnerado.

La Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSMIME, 2014, art. 3), señala que el sistema de medios de impugnación tiene por objeto garantizar:

- a) Que todos los actos y resoluciones de las autoridades electorales en los procesos electorales y de consulta popular se sujeten invariablemente, según corresponda, a los principios de constitucionalidad y de legalidad, y
- b) La definitividad de los distintos actos y etapas de los procesos electorales.

El mismo precepto también indica que el sistema de medios de impugnación se integra por:

- a) El recurso de revisión, para garantizar la legalidad de actos y resoluciones de la autoridad electoral federal;
- b) El recurso de apelación, el juicio de inconformidad y el recurso de reconsideración, para garantizar la constitucionalidad y legalidad de actos y resoluciones de la autoridad electoral federal;
- c) El juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano;
- d) El juicio de revisión constitucional electoral para garantizar la constitucionalidad de actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios o resolver las controversias que surjan durante los mismos;
- e) El juicio para dirimir los conflictos o diferencias laborales entre el Instituto Nacional Electoral y sus servidores, y

- f) El recurso de revisión en contra de las resoluciones y sentencias emitidas en los procedimientos especiales sancionadores para garantizar la legalidad de actos y resoluciones de la autoridad electoral federal y del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

En el ámbito local, el Código Electoral del Estado de México (CEEM, 2014, art. 406), regula los juicios y recursos que son procedentes dentro y fuera de los procesos electorales, como son el recurso de revisión, el recurso de apelación, el juicio de inconformidad y el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano local, con lo que evidencia que en ninguno de los ordenamientos citados se encuentra regulado el Juicio Electoral.

El presente estudio se centra en el Juicio Electoral, mismo que carece de fundamento legal como medio de impugnación en contra de las sentencias emitidas por los Tribunales Locales en los procedimientos sancionadores ordinario y especial. En este sentido, existen dos tipos de procedimientos sancionadores, los especiales y los ordinarios, en cuanto a los procedimientos ordinarios, el Reglamento para la Sustanciación de los Procedimientos Sancionadores del Instituto Electoral del Estado de México (RSPSIEEM, 2016, art. 15) señala que:

Las quejas y denuncias que se interpongan, o las iniciadas de oficio por la Secretaría, se tramitarán a través del procedimiento sancionador ordinario en cualquier tiempo cuando se denuncien presuntas infracciones que no sean materia del conocimiento a través del procedimiento especial sancionador. El procedimiento para el conocimiento de las faltas y aplicación de sanciones administrativas podrá iniciarse a instancia de parte o de oficio cuando cualquier órgano del Instituto tenga conocimiento de la comisión de conductas infractoras.

Para la procedencia del procedimiento especial sancionador, el CEEM (2014, art. 482) señala que:

Dentro de los procesos electorales, la Secretaría Ejecutiva del Instituto, iniciará el procedimiento especial establecido por el presente Capítulo, cuando se denuncie la comisión de conductas que:

- I. Violan lo establecido en el octavo párrafo del artículo 134 de la Constitución Federal.
- II. Contravengan las normas sobre propaganda política o electoral.
- III. Constituyan actos anticipados de precampaña o campaña.

La finalidad de estos procedimientos, es que a través de ellos se conozcan actos dentro y fuera de los procesos electorales; los ordinarios procederán en contra de actos que no estén previstos en el procedimiento especial, ya que el especial únicamente se podrá promover contra actos que violen lo señalado en el artículo 134

constitucional o en su caso, que vulneren las normas de propaganda electoral o que constituyan actos anticipados de campaña y exclusivamente dentro de un proceso electoral.

En estos procedimientos, la conducta denunciada puede calificarse como existente o inexistente y a su vez el CEEM (2014, art. 471) precisa que las conductas encontradas como infractoras, serán sancionadas con multas económicas, amonestación pública e incluso la cancelación del registro de candidatos postulados a puestos de elección popular.

Por lo que, ante la falta de regulación del Juicio Electoral para impugnar las sentencias dictadas dentro de los procedimientos citados, se revisa su naturaleza desde el garantismo de Ferrajoli.

EL GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI

El fundamento de todo derecho debe encontrarse en la propia norma jurídica; tal y como son los derechos fundamentales, estos son entendidos como los derechos subjetivos que se encuentran regulados en una norma jurídica, dichos derechos pertenecen a todos los seres humanos reconocidos como persona, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar.

Ferrajoli señala que su teoría se origina a partir del descubrimiento de los derechos fundamentales. En su modelo garantista hace referencia a que debe de haber un cambio estructural en el derecho y la democracia, esta teoría nace a partir de reconocer la existencia de una crisis y que ésta sea de legalidad, de Estado social y en consecuencia de Estado-nación. Considera que la teoría garantista es el mecanismo que ayudará a resolver esa crisis, y que impedirá que existan violaciones por parte de las autoridades, pues debe encaminarse a la creación de un mejor estado de derecho y basado en los derechos fundamentales.

La teoría garantista se sustenta en tres ejes principales (Aguilera y López, citado en Aguilera, 2011, pp. 52-54):

- 1) Nuevo modelo normativo del derecho. Se caracteriza como un sistema de poder mínimo que concibe los derechos fundamentales como límites, a través de los cuales se maximiza la libertad y se minimiza la arbitrariedad e impunidad por parte de los gobernantes. Con ello propone una reestructuración de la democracia, desglosada en dos dimensiones claras y distintas: democracia formal (relacionada con el procedimiento de toma de decisiones) y democracia sustancial (relativa a los derechos fundamentales).
- 2) Teoría del derecho y crítica del derecho. El proceso histórico de positivización de los derechos responde al paradigma o modelo tradicional de positivismo jurídico. Sin duda, éste ha sido un referente claro de influencia y continuidad en su visión del garantismo jurídico. La positivización de los derechos fundamentales ha vivido sucesivas etapas históricas, una de ellas ha sido la creación del Estado liberal de derecho que brindó en su momento seguridad jurídica a los

ciudadanos. En este sentido, Ferrajoli parte inicialmente de la concepción clásica de validez, vigencia y eficacia de las normas jurídicas y propone una modalidad de iuspositivismo crítico frente al iuspositivismo dogmático tradicional.

- 3) Filosofía político-jurídica. El garantismo como doctrina filosófico-política permite la crítica a las instituciones jurídico-positivas, siguiendo el criterio de la clásica y rígida separación (propia del positivismo) entre derecho y moral o entre validez y justicia. Además, retoma los conceptos sobre las doctrinas autopoyéticas y heteropoyéticas de Luhmann sobre el carácter autorreferencial de los sistemas políticos. Para las doctrinas autopoyéticas, el Estado es un fin y encarna valores ético-políticos de carácter suprasocial y supraindividual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse los derechos. Por otra parte, según las doctrinas heteropoyéticas, el Estado es considerado un medio legitimado únicamente con el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza. El garantismo, entonces, desde un plano filosófico-político, consiste esencialmente en la fundamentación heteropoyética del derecho, separado de la moral en los diversos significados. De esta manera, la deslegitimación externa de las instituciones jurídicas positivas dependerá directamente de la eficacia con la que esos derechos sean cumplidos.

Ferrajoli propone una nueva democracia constitucional, por lo que la dividió en democracia formal, la cual se refiere al cómo es que se deben tomar las decisiones políticas y la sustancial, encaminada a la protección y respeto de los derechos fundamentales, la finalidad de esta teoría es garantizar la eficacia y el cumplimiento de los derechos fundamentales.

Al ser los derechos fundamentales la base de la teoría garantista, Ferrajoli los define como:

Los Derechos subjetivos (1999, p. 37) corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas o ciudadanos, con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

Esta teoría garantista también se aplicó al derecho penal, al respecto Ferrajoli (2006, p. 4) señala que “la ideología jurídica, es una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho”. Una de las características del garantismo en el ámbito penal, es la desconfianza hacia los poderes, al no existir poderes buenos, porque de los poderes únicamente se pueden esperar abusos y excesos que perjudican al individuo.

Y, en el mismo tenor, señala que la garantía Ferrajoli (2006, p. 5) “es cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo, O bien, como toda obligación

correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por derecho subjetivo toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)”.

La teoría garantista vista desde el ámbito penal, aplica por analogía en el ámbito del derecho electoral, porque en materia penal la finalidad del garantismo está dirigida a poner límites a la actuación del poder punitivo del Estado, lo que se traduce en que todos los actos que realice el estado en contra de las personas deben de estar forzosamente normados por las leyes penales, lo que evitará que existan actuaciones arbitrarias por parte del Estado hacia la sociedad, lo mismo sucede en el ámbito electoral, al tener la obligación de garantizar la protección de los derechos fundamentales a través de los medios regulados en la legislación y en consecuencia, que estos sirvan como límite a la autoridad jurisdiccional electoral.

En el ámbito penal, Ferrajoli también sugiere la *reserva del Código Penal*, es decir, que ninguna medida privativa de la libertad debería de establecerse fuera del propio ordenamiento, esto con la intención de evitar el imponer medidas sin que éstas pasen por el proceso legislativo que prevé la ley, de lo contrario incidiría afectando derechos como la libertad y al ser así, este derecho se vería desprotegido por las leyes vigentes, quedando a la deriva y expuesto a las decisiones de los demás o de las mayorías que en el momento se encuentren en el gobierno.¹

Con esta propuesta se obliga al legislador a integrar todas las reformas penales dentro del ordenamiento jurídico que corresponda y que esté armonizado con algunos principios, como lo es el de proporcionalidad.

La teoría garantista se basa principalmente en la protección de los derechos fundamentales, y en la obligación que, desde su perspectiva tiene el Estado de protegerlos; toda vez que las crisis a las que refiere Ferrajoli son producto de la falta de respeto y protección de estos derechos, que llevan implícitos todos los demás derechos.

Hay derechos que se han visto vulnerados por la falta de mecanismos de protección; toda vez que para que el actuar del Estado sea válido y conforme a la norma, necesariamente deben de estar reconocidos en las leyes ordinarias que correspondan a la materia y que estas leyes estén legitimadas por el poder al que le haya sido reconocida esta atribución.

Desde esta perspectiva, todas las actuaciones de las autoridades del Estado, de los gobernantes, de los servidores públicos y/o de las instituciones deben tener reconocimiento legal, por esa razón es que Ferrajoli pugna por el respeto de los derechos fundamentales, ya que todo acto debe estar sujeto y reconocido en la ley, lo que obliga a que, el juicio electoral deba también encontrarse dentro de las normas electorales para que pueda promoverse como medio de impugnación y así tener un sustento que permita conocer controversias en materia electoral y, en consecuencia darse una reforma en material electoral que lo integre; la cual debe ser aprobada por el poder legislativo, que es el poder legitimado para aprobarla, al reconocerse se regulará su procedencia, pues de no ser así se estaría lejos de un Estado Constitucional de derecho y de la protección eficaz de los derechos fundamentales que propone Ferrajoli.

¹ La idea que propone Ferrajoli, en cuanto a la reserva del Código Penal, se refiere a la obligación que tiene el legislador, para intentar una acción en contra del gobernador, la cual debe estar plasmada en la ley, lo que lleva a garantizar la protección de sus derechos fundamentales, así como el Estado de derecho.

LA RELACIÓN ENTRE EL JUEZ Y LA LEY

La relación que existe entre el juez y la ley, debe de ser armónica en cuanto a lo que dicta el ordenamiento y, esto debe de concordar con lo que en sus procesos resuelva el juez, situación inobservada para el caso de la procedencia del juicio electoral, en virtud de que éste carece de regulación en las leyes electorales.

Al respecto, cabe definir al control de convencionalidad Bustillo (s.f, p. 6) como:

El control de convencionalidad es el mecanismo que se ejerce para verificar que una ley, reglamento o acto de las autoridades del Estado, se ajustan a las normas, los principios y obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos principalmente, en la que funda la competencia contenciosa de la Corte IDH.

Es una herramienta para le (sic) respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos en la Convención Americana de Derechos Humanos, asimismo, es de utilidad para la práctica e inmediata elaboración de un *ius commune* en la región.

Este control se debe ejercer respecto de todos los derechos a los que tiene el ser humano, únicamente por tener esa calidad, para el tema que se aborda la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, 1969, art. 8 y 9,) contempla el derecho consistente en las Garantías Judiciales, así como el Principio de Legalidad y de Retroactividad, mandata la protección que se les debe dar a esos derechos que son parte de los derechos fundamentales, por supuesto en el ámbito judicial la obligación del juzgador de ceñir su actuar a lo preceptuado en la norma.

En este contexto surge un conflicto en la relación entre el juez y la ley, por una parte, atender la petición del ciudadano, de los candidatos independientes e incluso de los partidos políticos encaminada a la protección de sus derechos, y por la otra, su función de autoridad jurisdiccional, este conflicto deriva de la obligación que tiene el juzgador de observar lo previsto en cada uno de los casos, lo que lo coloca en imposibilidad de resolver controversias electorales a través de un juicio ilegal, acto que el juzgador omitió llevar a cabo en la ST-JE-25/2018.

El juez, además de la obligación jurídica, también tiene una obligación moral de someter sus criterios a lo previsto en las leyes del Estado de derecho, este actuar habrá de ser armónico con el Estado Constitucional, que regula las conductas de la sociedad a través de las normas establecidas para esto, precisamente a lo indicado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN MATERIA ELECTORAL

Dentro del marco normativo de los medios de impugnación, como ordenamiento máximo, está la regulación constitucional (CPEUM, 2019, art. 41, Base VI, art.

99, fracción V), que mandata que el sistema de medios de impugnación tiene la finalidad de garantizar que en los actos y resoluciones emitidos por las autoridades electorales jurisdiccionales, prevalezcan los principios de legalidad y constitucionalidad y, a través de estos medios se pretende agotar el principio de definitividad en materia electoral. Esto con la única intención de brindar protección a los derechos políticos electorales del ciudadano como lo son la libertad de expresión, el derecho de votar y ser votado, el derecho de asociación y también a través de estos medios los partidos políticos y los candidatos independientes podrán acudir ante las autoridades electorales a solicitar la reparación de algún derecho que se considere vulnerado.

El sistema electoral mexicano está diseñado para que cada una de las acciones emitidas por tribunales administrativos o jurisdiccionales puedan ser controvertidos a través de los medios de impugnación reconocidos en la ley y que, por supuesto, tienen delimitada su procedencia, así como los requisitos que reviste. Se retoma al juicio electoral y el juicio de revisión constitucional electoral, al ser los juicios que de manera práctica se han promovido para controvertir las sentencias dictadas dentro los procedimientos sancionadores ordinario y especial.

El juicio de revisión constitucional electoral (Glosario del TEJFE) “es el medio de impugnación que los partidos políticos pueden presentar para impugnar los actos o resoluciones de las autoridades electorales de las entidades federativas”, por su parte, Galván (1997, p. 332) lo define como:

La vía constitucional y legalmente establecida en favor de los partidos políticos, para controvertir la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones definitivas, emitidos por las autoridades electorales, administrativas y jurisdiccionales de las entidades de la federación mexicana, responsables de realizar (*sic*) los procedimientos electorales locales y municipales o, en su caso, de resolver los litigios de ellos emergentes.

La finalidad de este juicio es el ejercicio del control de constitucionalidad en materia electoral, a través de las Salas Regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, mismas que actúan como revisor del actuar de los tribunales locales, con el objeto de que sus sentencias se apeguen al marco constitucional y legal.

El juicio citado fue reconocido en la legislación electoral a raíz de la reforma constitucional de 1996, como mecanismo de revisión constitucional electoral, en las decisiones definitivas e inatacables de las autoridades encargadas de organizar y calificar los procesos electorales locales, para fortalecer las vías jurídicas en lo que se ha llamado judicialización de la política.

Después de haber pasado por estas reformas electorales (LGSMIME, 2018, Art. 86), actualmente, la ley señala que el juicio de revisión constitucional electoral es procedente en los supuestos:

El juicio de revisión constitucional electoral sólo procederá para impugnar actos o resoluciones de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios locales o resolver las controversias que surjan durante los mismos, siempre y cuando se cumplan los requisitos siguientes:

- Que sean definitivos y firmes;
- Que violen algún precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- Que la violación reclamada pueda resultar determinante para el desarrollo del proceso electoral respectivo o el resultado final de las elecciones;
- Que la reparación solicitada sea material y jurídicamente posible dentro de los plazos electorales;
- Que la reparación solicitada sea factible antes de la fecha constitucional o legalmente fijada para la instalación de los órganos o la toma de posesión de los funcionarios electos; y
- Que se hayan agotado en tiempo y forma todas las instancias previas establecidas por las leyes, para combatir los actos o resoluciones electorales en virtud de los cuales se pudieran haber modificado, revocado o anulado.
- El incumplimiento de cualquiera de los requisitos señalados en este artículo tendrá como consecuencia el desechamiento de plano del medio de impugnación respectivo.

El juicio de revisión constitucional electoral se promueve para controvertir temas de constitucionalidad, más que de legalidad; además una de las características que reviste la ley para su procedencia, es que los agravios planteados sean determinantes por cuanto al acto que se reclame, situación que para el caso de impugnar sentencias sobre procedimientos especiales y sancionadores en sentencias dictadas por los Tribunales Locales, no sucede en algunos casos, además de ser un juicio de estricto derecho, mismo que inadmite más reclamos que los ya planteados en primera instancia, en virtud de que la función de las Salas en estos procedimientos es actuar como órgano revisor de las determinaciones de los tribunales locales.

Sobre el juicio electoral existe un precedente en su surgimiento contenido en los Lineamientos para la Identificación e Integración de los Expedientes del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, al ser el documento que señala la existencia de este juicio electoral.

En los Lineamientos Generales para la Identificación e Integración de Expedientes del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (LGIETEPJF, 2014, pp. 2-3) únicamente se enuncia que la materia electoral es dinámica y que, por esta razón, en ocasiones se carece de un medio de impugnación a través del cual se pueda conocer algún asunto, por lo que desde su perspectiva y en aras de brindar la protección más amplia de un derecho determinaron la integración del Juicio Electoral, al respecto, se precisa:

No obstante, la denominación de dichos expedientes no resulta idónea para identificarlos, toda vez que los asuntos denominados asuntos generales se integran con todas aquellas promociones o comunicaciones de carácter jurisdiccional que no encuentran cavidad como alguno de los juicios o recursos

previstos en la normativa electoral y conforme a los presentes lineamientos de manera tal que sea difícil la identificación de cuales asuntos generales son efectivamente medios de impugnación; por tanto, se estima conveniente que se denomine de manera genérica “juicio electoral” para conocer el planteamiento respectivo, el cual deberá tramitarse en términos de las reglas generales previstas para los medios de impugnación establecidas en la ley adjetiva electoral federal.

Al establecer la Sala Superior esta determinación se ordenó su cumplimiento a las Salas Regionales, sin existir otro sustento legal, más que los Lineamientos ya invocados.

Existen asuntos resueltos por la Sala Superior, en la vía del juicio electoral, en los que justifica el entrar al estudio de fondo, tal como sucedió en el expediente SUP-JE-74/2018 (STEPJF, 20 de diciembre de 2018), que refiere:

También es criterio de la Sala Superior, que la posible ausencia de un juicio o recurso local específico no es obstáculo para resolver los conflictos y garantizar los derechos. Por tanto, en su caso, el Tribunal Electoral deberá implementar un medio acorde a los reclamos que aduce el instituto local, en el que se observen las formalidades del procedimiento, a fin de conocer y resolver en plenitud de jurisdicción la controversia planteada.

Por su parte, la sentencia emitida por la Sala Superior SUP-JRC-158/2018 (STEPJF, 22 de agosto de 2018), entró al análisis de cada uno de los medios de impugnación y a su vez señala que no existe medio idóneo para conocer sobre las impugnaciones relacionadas con las sentencias emitidas por los Tribunales electorales locales, y que la jurisprudencia que existe al respecto ya está rebasada, porque de lo contrario se actualizaría una contradicción de criterios, esta misma sentencia también refiere: “sin embargo con la finalidad de dar congruencia al nuevo sistema de competencias en la sustanciación y resolución de los procedimientos especiales sancionadores, se estima que el juicio electoral es la vía idónea para conocer de esas determinaciones, con independencia de que se esté en presencia de una determinación de un Tribunal Local como primera instancia o no”.

En la sentencia citada se advierte que la propia autoridad reconoce que no existe medio previsto en la ley, para conocer a través de este juicio, pero también señala que el Juicio de Revisión Constitucional Electoral no cumple los requisitos procesales para entrar al estudio de fondo de una sentencia dictada por un Tribunal Local, al carecer de elementos para acreditar los extremos de procedencia y estos sean controvertidas a través de este juicio.

REVISIÓN DE LA SENTENCIA ST-JE-25/2018

Esta sentencia fue emitida con motivo de que, el Partido Revolucionario Institucional interpusiera un juicio donde el acto impugnado era la sentencia emitida por el Tribunal Electoral del Estado de México, dictada el treinta de octubre de dos mil dieciocho, dentro del procedimiento especial sancionador identificado con la clave PES/302/2018, en la que señalaba como agravio la Indebida valoración de la conducta infractora, ya que el actor consideraba que la responsable había valorado de manera incorrecta el hecho de que el candidato denunciado, durante un evento de carácter proselitista portara un cristo, por un instante, lo que desde su perspectiva se actualizaba la utilización de símbolo religiosos, hecho que prohíben las leyes electorales.

Además de que, al realizar estos actos le daba cierta ventaja sobre los demás contendientes que estaban participando para el mismo cargo de elección popular, por lo que el partido actor sostenía que se debía haber sancionado, y a su juicio el Tribunal Local había valorado incorrectamente esa acción.

De la revisión de esta sentencia (STEPJE, 22 de noviembre de 2018), específicamente en el apartado denominado “PRIMERO. *Jurisdicción y competencia*”, se lee:

Cabe mencionar que la vía denominada juicio electoral fue producto de los Lineamientos Generales para la Identificación e Integración de Expedientes del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en los cuales se expone que en virtud del dinamismo propio de la materia, ha originado que en ocasiones no exista un medio de impugnación específico para hacer valer la afectación derivada de algún acto o resolución en materia electoral y, para esos casos, los lineamientos referidos inicialmente ordenaban formar los Asuntos Generales, pero a raíz de su última modificación, ahora indica que debe integrarse un expediente denominado juicio electoral, el cual debe tramitarse en términos de las reglas generales previstas para los medios de impugnación establecidas en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Derivado de esta determinación se ordena que se conozca este juicio electoral que deviene de la resolución recaída en una sentencia dictada dentro un procedimiento especial,² es decir, se ha demostrado que el juicio electoral está falto de regulación jurídica en una ley electoral que esté aprobada por el órgano legitimado para expedirla, y que para su conocimiento a través de esta vía sólo se está atendiendo a una orden emitida por una autoridad jurisdiccional superior en materia electoral.

² PES/302/2018, incoado con motivo de las quejas presentadas por el Partido Revolucionario Institucional, a través de su representación ante los Consejos Municipales del Instituto Electoral del Estado de México, con sede en Malinalco y Ocuilan, en contra de Roberto Cabañas Poblete y Félix Alberto Linares González, en su momento candidatos a la Presidencia Municipal en dichas demarcaciones, respectivamente, así como de la Coalición “Por el Estado de México al Frente”, como instancia postulante, por conductas que en su estima, constituyen infracciones a la normativa electoral, derivado de la utilización de símbolos religiosos en actos de campaña.

INCLUSIÓN DEL JUICIO ELECTORAL EN LA LEY GENERAL DEL SISTEMA DE MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN MATERIA ELECTORAL

Desde la mirada de Ferrajoli, el entrar al estudio de una controversia electoral a través del juicio electoral, sería improcedente, al estar distante de la norma legal aplicable, por lo que habrá de integrarse al ordenamiento electoral, esto con el ánimo de garantizar la protección de los derechos fundamentales del individuo, ya que de lo contrario la autoridad jurisdiccional que conoce del medio de impugnación estaría actuando de manera arbitraria emitiendo una sentencia a través de un medio que carece de sustento legal.

De ahí, nace la interrogante ¿Qué sucedería si las partes involucradas acudieran a una instancia superior señalando como agravio la violación de los artículos 14, 16 y 17³ de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos? En los preceptos citados se consigna la obligación que tiene las autoridades, tanto administrativas como jurisdiccionales de fundar y motivar las sentencias que emitan, además de un tutela judicial efectiva; porque por un lado, la propia Constitución Federal en el artículo 1º señala la obligación de las autoridades de proteger en todo momento los derechos humanos de los ciudadanos, sin embargo, tomando como base experiencia en las sentencias que emiten los tribunales jurisdiccionales y a los propios ordenamientos jurídicos, en todo proceso, siempre existe un ganador y un perdedor;⁴ así pues, ¿De qué manera se puede equilibrar para que deje de existir la vulneración de los derechos de una de las dos partes?, debe ser a través de procedimientos legitimados por la ley, sin dejar lugar a duda del actuar judicial, ya que para el caso en concreto la sentencia está dirigida a imponer una sanción, y en el momento en que la parte afectada acuda a instancias superiores, el motivo de su agravio será que se le está imponiendo una sanción a través de un juicio inexistente en la ley, por lo que se están violentando sus derechos fundamentales y en consecuencia se estaría actuando fuera de la ley, conculcando el Estado de Derecho.

REFLEXIONES FINALES

- El sistema de medios de impugnación en materia electoral está diseñado para brindar protección a los derechos políticos electorales de los partidos políticos, de los ciudadanos, de los candidatos independientes, y de todo aquel que consideren que de alguna forma se conculca su esfera de derechos político-electorales; también son concebidos como los mecanismos que garanticen los principios constitucionales tales como la libertad, autenticidad y periodicidad, principios que forman y rigen al sistema elec-

³ La tutela judicial efectiva implica el derecho público subjetivo y se refiere que la efectividad judicial no se colma al momento de emitir una sentencia, sino que es, hasta el momento en que esa sentencia se ejecuta en favor de quien haya resultado favorable.

⁴ PRIMERO. Se revoca la sentencia impugnada.

SEGUNDO. Se vincula al Tribunal Electoral del Estado de México, para que imponga las sanciones que considere le corresponde al ex candidato Félix Alberto Linares González y a la Coalición "Por el Estado de México al Frente", integrada por los partidos políticos Acción Nacional, de la Revolución Democrática y Movimiento Ciudadano, por las razones expuestas en el último considerando del presente fallo.

Para tal efecto, se otorga al referido tribunal un plazo de cinco días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, y hecho lo anterior, informe a esta Sala Regional dentro del término de veinticuatro horas siguiente (resaltado añadido).

toral mexicano, y que son claves para la organización y calificación de las elecciones.

- El juicio electoral, es un medio inexistente en la Ley, en tanto su naturaleza jurídica y procedencia legal se encuentran indefinidas, por lo que desde la teoría garantista de Ferrajoli, que pugna por la protección de los derechos fundamentales, es inconstitucional e ilegal el dictar sentencias a través de este juicio.
- Los Tribunales electorales jurisdiccionales, particularmente la Sala Regional Toluca como órgano revisor del actuar de los Tribunales Electorales Locales, conoce impugnaciones a través del Juicio Electoral, el cual dista de regularse en la ley.
- El Juicio de Revisión Constitucional Electoral, tiene su procedencia en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación, sin embargo, esta procedencia va más allá de la legalidad, al ser este un juicio de estricto derecho.
- Las autoridades jurisdiccionales electorales conocen por la vía del Juicio electoral impugnaciones en contra de las sentencias dictadas por el Tribunal Electoral del Estado de México, anteriormente estas impugnaciones eran resueltas a través del Juicio de Revisión Constitucional Electoral en materia electoral en segunda instancia y fue hasta mediados del 2018, que en la praxis esas mismas sentencias se recurren mediante el Juicio Electoral.
- Ante la presencia de este vacío en la ley, el poder legislativo federal es el legitimado para la discusión y la aprobación de las reformas electorales, esta función legislativa tiene por objeto establecer los presupuestos procesales y requisitos a cumplir en el juicio electoral para su procedencia, de lo contrario se incumpliría la propia ley al entrar al estudio de medios de impugnación inexistentes, ya que si bien es cierto, la vía para controvertir las sentencias referidas no es el juicio de revisión constitucional electoral en razón de las características que reviste para su procedencia, también lo es que hasta este momento tampoco lo es el juicio electoral, al carecer de reconocimiento legal y tener indefinida su procedencia.

REFERENCIAS

1. Aguilera, R. (coord.) (2011). *Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos*. México: IJ-UNAM.
2. Bustillo, R. (s.f.). El control de convencionalidad. La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral. *Líneas jurisprudenciales*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

3. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Cámara de Diputados, Ciudad de México, 5 de febrero de 1917.
4. Código Electoral del Estado de México (CEEM). Cámara de Diputados Locales, Toluca de Lerdo, Estado de México, 28 de junio de 2014.
5. Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.
6. Ferrajoli, L. (julio-diciembre 2006). Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones constitucionales revista mexicana de derecho constitucional, número 15. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5772/7600>.
7. Ferrajoli, L. (2006). Garantismo penal. Series Estudios jurídicos 34. Colección Facultad de Derecho. UNAM.
8. Ferrajoli, L. (1999). *Derechos fundamentales, Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
9. Galván, F. (1997). *Derecho Procesal Electoral Mexicano*. México: Gama Sucesores.
10. Glosario del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, letra J. Recuperado de <https://www.te.gob.mx/front/glossary/>.
11. Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSMIME). Instituto Electoral del Estado de México, 22 de noviembre de 1996.
12. Lineamientos para la Identificación e Integración de los Expedientes del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (2014). Sala Superior del Poder Judicial de la Federación. Recuperado de https://www.te.gob.mx/sites/default/files/acuerdo_acta_archivo/lineamientos_2014_0.pdf.
13. México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) (Sala) [internet]. Sentencia SUP-JE-74/2018, de 20 de diciembre de 2018. Recuperado de <https://www.te.gob.mx/buscador/>.
14. México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) (Sala) [internet]. Sentencia SUP-JE-158/2018, de 22 de agosto de 2018. Recuperado de <https://www.te.gob.mx/buscador/>.
15. México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) (Sala) [internet]. Sentencia ST-JE-25/2018, de 22 de noviembre de 2018. Recuperado de <https://www.te.gob.mx/buscador/>.

16. México. Tribunal Electoral del Estado de México (TEEM) (Tribunal) [internet]. Sentencia PES/302/2018, de 26 de noviembre de 2018. Recuperado de http://www.teemmx.org.mx/sentencias/proceso_esp_san.php.
17. Reglamento para la Sustanciación de los Procedimientos Sancionadores del Instituto Electoral del Estado de México (RSPSIEEM). Consejo General del Instituto Electoral del Estado de México, aprobado mediante acuerdo IEEM/CG/71/2016, Toluca de Lerdo, Estado de México, 02 de septiembre de 2016.

Cuotas a partidos políticos: mecanismo de acceso a cargos de elección popular para personas con discapacidad

Fees to political parties: mechanism of access to charges of popular election for people with disabilities

ANA ANGÉLICA LÓPEZ VALDÉS*



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

Resumen

En el marco del modelo social de discapacidad y desde la representación descriptiva de Hanna Fenichel Pitkin, en el presente estudio se aborda, el derecho político de las personas con discapacidad para acceder a cargos de elección popular, con el fin de generar acciones afirmativas, orientadas en fijar cuotas a los partidos políticos para garantizar la postulación de personas integrantes de este sector de la población, a cargos electivos.

Palabras clave

Discapacidad y representación política, representación descriptiva, modelo social de discapacidad, acciones afirmativas, cuotas de partidos políticos.

Abstract

Within the framework of the social model of disability and from the descriptive representation of Hanna Fenichel Pitkin, this study addresses the political right of persons with disabilities to access positions of popular choice, in order to generate affirmative, targeted actions in setting quotas for political parties to guarantee the nomination of people from this sector of the population, to elective positions.

Key words

Disability and political representation, descriptive representation, social model of disability, affirmative actions, quotas of political parties.

*Licenciada y Maestra en Derecho Constitucional y Amparo por la Universidad del Valle de Toluca, Estudios de Doctorado en Derecho Procesal Constitucional en el Colegio de Estudios Jurídicos de México y de Maestría en Derecho Electoral en el Instituto Electoral del Estado de México. Jefa de proyecto de la unidad de informática y estadística del Instituto Electoral del Estado de México. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3702-1943>. Correo electrónico: anwaltlv@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

La verdadera democracia es incluyente, lo que implica que en todos los cargos de elección popular debe reflejarse la heterogénea composición social. En el presente estudio y desde la representación descriptiva de Hanna Fenichel Pitkin, se revisa el Modelo Social de Discapacidad que propone el cambio de paradigma respecto de las personas con discapacidad como verdaderos actores sociales.

La idea de discapacidad se ha transformado en las últimas décadas al dejar el enfoque médico-existencial, en el que las enfermedades y/o las deficiencias corporales juegan un papel central, para lograr una visión más integral y contextual, donde la discapacidad es el resultado de la interacción de múltiples factores, tanto de orden médico-existencial como contextuales (las características del entorno físico, social, cultural, personal, familiar, etc.). Es decir, una persona con discapacidad no sólo es aquella que presenta una determinada deficiencia física o enfermedad sino la que, dado un estado de salud y las características del entorno (tanto físicas como de actitudes) ve afectada su capacidad para realizar sus actividades cotidianas (INEGI, 2013).

La discapacidad, más allá de razones médicas, físicas, biológicas, etc., y de conformidad con el modelo social, es una concepción distinta a la que se tenía antaño, actualmente consiste en comprender el tema de la discapacidad como una construcción creada por la propia sociedad, a partir de entender y atender la diferencia como base de la igualdad, es decir, la discapacidad es un constructo social generado por personas convencionales o no discapacitadas y, este término se ha empleado para referirse a quienes presentan limitaciones para poder diferenciar y categorizar a los integrantes de la sociedad.

Al atender las diferencias y no las similitudes, se excluye a las personas con discapacidad de la posibilidad de participar en forma activa y propositiva como actores sociales; en ese sentido, la sociedad debe adaptar y generar espacios adecuados para su plena integración y desarrollo. En materia político-electoral se deben realizar los ajustes necesarios para que puedan acceder a cargos de representación popular.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM, 2012, art. 35, fr. II) establece el derecho al voto pasivo para las personas que tengan el carácter de ciudadanos para poder ser postulados a cualquier cargo de elección popular, siempre y cuando cumplan con las características que para cada cargo requiera la ley, la cual puede ser a través de una candidatura de carácter independiente o por medio de un partido político.

Diversos ordenamientos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, regulan, lo relativo al voto pasivo, sin embargo, para hacer efectivo ese derecho de las personas con discapacidad, se requieren establecer, acciones

afirmativas, consistentes en fijar una cuota a los partidos políticos para que postulen a personas de ese sector a diversos cargos de elección popular.

EL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD Y LA REPRESENTACIÓN DESCRIPTIVA DE PITKIN

Palacios (2008, p. 469) refiere que el concepto de discapacidad es relativo y varía según los diferentes contextos históricos y sociales, es por eso que a lo largo del tiempo se identifican tres modelos para entender el lugar que en la sociedad ocupan las personas con discapacidad. El modelo de prescindencia, el modelo rehabilitador y el modelo social, los cuales se sitúan en diferentes contextos históricos.

El modelo social de discapacidad que es sobre el que descansa el presente estudio, considera que las causas que dan origen a la discapacidad no son religiosas ni científicas, sino que son preponderantemente sociales. Se parte de la premisa de entender la discapacidad como una construcción y un modo de opresión social y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas integrantes de este sector de la población. Así, se entiende que no son las limitaciones individuales las raíces de la discapacidad, sino las limitaciones de la sociedad para asegurar adecuadamente que las necesidades de todas las personas sean visibilizadas dentro de la organización social.

La concepción de discapacidad se ha transformado en las últimas décadas al dejar el enfoque médico-existencial, en el que las enfermedades y/o las deficiencias corporales juegan un papel central, para lograr una visión más integral y contextual, donde la discapacidad es el resultado de la interacción de múltiples factores, tanto de orden médico-existencial como contextuales (las características del entorno físico, social, cultural, personal, familiar, etc.). Es decir, una persona con discapacidad no sólo es aquella que presenta una determinada deficiencia física o enfermedad sino la que, dado un estado de salud y las características del entorno (tanto físicas como de actitudes) ve afectada su capacidad para realizar sus actividades cotidianas (INEGI, 2013).

Desde este modelo se insiste en que las personas con discapacidad “puedan contribuir a las necesidades sociales en la misma medida que el resto de personas, siempre que se eliminen los obstáculos contruidos por la misma sociedad” (Palacios, 2008, p. 471). Las personas con discapacidad pueden contribuir desde una posición representativa de la sociedad, siempre y cuando existan los mecanismos idóneos que les permitan, postularse a un cargo de elección popular y de resultar ganadores, poder asumir el cargo.

La discapacidad no radica en el individuo, es la propia sociedad la que genera discapacidad, por lo tanto, la sociedad debe de realizar los ajustes que sean necesarios en materia político-electoral para que los integrantes de este sector puedan acceder a cargos de representación. La visibilización es la vía para iniciar el cambio mental en toda la población, respecto de las personas con discapacidad.

Encontrar la forma de incluir a las personas de este grupo en un entorno de igualdad de oportunidades para que sean aceptadas, consiste en eliminar el paradigma de verlos como seres humanos diferentes a los demás, deben ser aceptados como son y aceptar que tienen la misma capacidad que una persona convencional.

En el marco legal que regula la discapacidad, subyace el modelo de sustitución de la toma de decisiones, mientras que el modelo social basado en derechos

humanos precisa el respeto a la igualdad y la dignidad de todos los seres humanos y aquí es donde encuentra su modelo inspirador la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CSDPD, art. 12, 2008) al señalar que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica e impone a los Estados Partes la obligación de reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

La inclusión se debe encontrar también en el ámbito político, la igualdad de oportunidades se dará al momento de ejercer los derechos políticos, principalmente del derecho al voto pasivo para contender en las mismas condiciones al ser postulados por un partido político.

Un partido político es un grupo de personas que tiene intereses, fines y opiniones políticas similares y pretende que los candidatos que postule, resulten electos para diversos cargos y una vez que se encuentren en el ejercicio del mismo puedan incidir en la política del país, toda vez que tanto candidatos como partidos políticos son el elemento principal de la función representativa.

México cuenta con una democracia representativa, ya que sus gobernantes son elegidos por los ciudadanos mediante sufragio, delegándoles el ejercicio del poder mientras duren en el encargo el tiempo que marca la ley, sin embargo, estará sujeto a cumplir determinados fines, así como estar sujeto a condiciones particulares.

El concepto de representación se refiere a actuar a nombre de alguien, pero en el ámbito político está vinculada a la idea del bien común, la cual exige una responsabilidad mayor ya que sobre una sola persona recae el tomar decisiones a nombre de todos los representados, sentir de la misma manera que aquellos a quienes se representa, obrar para el beneficio del grupo social.

Existen diversos modelos de representación como son el de autorización, rendición de cuentas, simbólica, sustantiva o descriptiva; esta última es aquella en la que el representante cuenta con características similares a las del grupo de personas que representa, por lo tanto, podría tener intereses comunes y pugnar por generar políticas públicas para favorecer al sector al cual se asemeja.

De acuerdo con Pitkin (1985, p.65), los pensadores que retoman el tema de la representación descriptiva, arguyen que la verdadera representación exige que el legislativo sea elegido de una forma tan estricta que su composición corresponda con exactitud a la de toda la nación; sólo entonces será verdaderamente un cuerpo representativo.

Las personas con discapacidad, como integrantes del Estado mexicano, tienen el derecho de contar con un representante en los distintos espacios de la función pública y que cuenten con características similares a ellos.

En ese mismo sentido, Wilson (citado en Pitkin, 1985, p. 66) subraya que “el retrato es excelente en la medida que es una buena semejanza del original”, así también, “el legislativo debería ser la transcripción más exacta de toda la sociedad”, “el fiel eco de todas las voces del pueblo”. Es decir, la figura de una persona con discapacidad en los distintos espacios de gobierno, debe ser el que represente al resto de ese sector para que se vean reflejados sus intereses en las personas que ejerzan el cargo, ya sea como integrante de un ayuntamiento, gobernador, legislador, entre otros.

La representación depende de las características del representante, de lo que es o de lo que parece ser, en el ser algo antes que el hacer algo. El representante no actúa por otros, los sustituye en virtud de la correspondencia o conexión entre ellos

de una semejanza o reflejo (Pitkin, 1985, p. 67). Así, al ceder esa soberanía a un representante que actuará en calidad de sustituto será entonces que una o varias personas con discapacidad en la función pública, puedan representar al resto de los que habitan la nación y velar por sus intereses.

El principio fundamental de la representación proporcional es que en los órganos legislativos se vea reflejado con mayor o menor exactitud el porcentaje de las diversas ideologías en que se encuentra dividido una parte del electorado, por lo tanto, una asamblea debe reflejar —como un espejo—, la imagen más exacta posible de un país.

La representación proporcional nació como un instrumento para que sectores con ideologías distintas a las que dominaban los diversos órdenes de gobierno se vieran representados, este principio consiste en asignar cargos electivos a partir del porcentaje de votos que obtuvo un partido en una contienda electoral. Surgió como otra alternativa para proteger a las diversas expresiones, principalmente las minorías políticas y así poder garantizar que se incluyeran al momento de conformar ayuntamientos o bien, en los órganos legislativos, del mismo modo este sistema representativo puede servir para integrar a las personas con discapacidad en las listas de representación proporcional.

EL VOTO PASIVO Y SU MARCO NORMATIVO

Los derechos que soportan la democracia son la libertad de expresión, de reunión, de organización y el derecho al voto, este último es el medio por excelencia a través del cual se logra la representación política y se divide en voto activo, que es con el que la ciudadanía elige a quien considera idóneo para que la represente y el voto pasivo que permite a un individuo postularse a un cargo de elección popular.

El derecho a votar y ser votado son una misma institución que constituye el pilar fundamental de una democracia (Jurisprudencia 1000742, Sala Superior, Tercera Época, 2003, p. 182), por lo tanto, se debe garantizar el ejercicio de ese derecho humano, ya que mediante éste se pueden hacer exigibles los demás derechos del individuo.

El derecho al voto pasivo se encuentra regulado en sendos instrumentos del orden internacional como son la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, 1948, art. 21) que regula exista la igualdad para participar de los asuntos de gobierno en el país, así como el acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas, por lo tanto, las personas con discapacidad pueden acceder a cargos electivos y debe existir la posibilidad de hacerlo, pero desde acciones que permitan una plena inclusión en las listas que generan los partidos políticos para postular candidatos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966, art. 25-a) indica que es derecho de un ciudadano el de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos sin distinciones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social y el de votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realiza-

das por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades (CDPD, 2008) es un instrumento fruto de la participación activa de los discapacitados, quienes abanderaban el lema “nada para nosotros sin nosotros”, en este instrumento, se reconoce que los Estados deberán asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna, entendiéndose ésta como la práctica de un trato diferenciado para el pleno ejercicio de sus derechos.

En esta Convención también se reconoce que se debe garantizar a las personas con discapacidad los derechos políticos y gozar de ellos en igualdad de condiciones para que puedan participar plenamente en la vida política y pública, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de votar y ser votadas, así como presentarse como candidatas en las elecciones, ejercer cargo y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno.

En ese mismo sentido, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM, 1917, art. 1) consagra que todas las personas sin excepción, gozarán de los derechos humanos contemplados en los tratados internacionales, por lo que al ser considerados los derechos políticos como derechos humanos y estar reconocidos en Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los cuales México es parte, entonces se deberá garantizar que las personas con discapacidad puedan gozar del derecho a ejercer el voto pasivo.

Reconociendo el principio *pro persona* y de conformidad con los mencionados instrumentos de carácter internacional, es necesario que se establezcan mecanismos idóneos, en este caso acciones afirmativas tendentes a permitir el fortalecimiento de la democracia en el país.

Deben implementarse políticas públicas, planes, programas y acciones de gobierno orientadas a erradicar la discriminación por motivos de raza, sexo, color de piel discapacidad, entre otras, que obstaculicen el derecho a ejercer el voto pasivo de las personas que se encuentran consideradas en este sector de la población. Entendiendo que discriminar es dar un trato distinto a las personas en perjuicio de sus derechos.

La inclusión de México en ordenamientos de carácter internacional, implica que en ciertos casos la aplicación de cualquiera de dichos instrumentos en el contexto de la discapacidad requiera que se efectúen los ajustes que sean necesarios, para garantizar una aplicación en igualdad de condiciones que el resto de las personas (Palacios, 2008, p. 474).

Dejar de hacer estos ajustes para incluir a personas con discapacidad en una postulación proporcional al porcentaje de personas que se encuentren en un espacio geográfico vulnera el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que incluye a la discapacidad a través del Modelo Social en la Tesis (Tesis 2002520, 1a. VI/2013 (10a.), 2013, p. 634), la cual señala:

DISCAPACIDAD. SU ANÁLISIS JURÍDICO A LA LUZ DEL MODELO SOCIAL CONSAGRADO EN LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. La concepción jurídica sobre la discapacidad ha ido modificándose en el devenir de los años: en principio existía el modelo de “prescindencia” en el

que las causas de la discapacidad se relacionaban con motivos religiosos, el cual fue sustituido por un esquema denominado “rehabilitador”, “individual” o “médico”, en el cual el fin era normalizar a la persona a partir de la desaparición u ocultamiento de la deficiencia que tenía, mismo que fue superado por el denominado modelo “social”, el cual propugna que la causa que genera una discapacidad es el contexto en que se desenvuelve la persona. Por tanto, las limitaciones a las que se ven sometidas las personas con discapacidad son producidas por las deficiencias de la sociedad de prestar servicios apropiados, que aseguren que las necesidades de las personas con discapacidad sean tomadas en consideración. Dicho modelo social fue incorporado en nuestro país al haberse adoptado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 2006, misma que contiene y desarrolla los principios de tal modelo, los cuales en consecuencia gozan de fuerza normativa en nuestro ordenamiento jurídico. Así, a la luz de dicho modelo, la discapacidad debe ser considerada como una desventaja causada por las barreras que la organización social genera, al no atender de manera adecuada las necesidades de las personas con diversidades funcionales, por lo que puede concluirse que las discapacidades no son enfermedades. Tal postura es congruente con la promoción, protección y aseguramiento del goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, lo que ha provocado la creación de ajustes razonables, los cuales son medidas paliativas que introducen elementos diferenciadores, esto es, propician la implementación de medidas de naturaleza positiva —que involucren un actuar y no sólo una abstención de discriminar— que atenúan las desigualdades.

CUOTAS DE PARTIDOS COMO UNA ACCIÓN AFIRMATIVA PARA OCUPAR CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR

Con frecuencia, las personas que pertenecen a pequeños grupos de la población con características distintas del estándar, se han visto excluidas de la sociedad, por lo tanto, se encuentran imposibilitados de participar en el ámbito político. Todos los sectores, incluido el de las personas con discapacidad, deben tener representatividad en los distintos espacios gubernamentales con la finalidad de promover políticas públicas que permitan su integración a la vida laboral, política, de salud, entre otras.

“La nación se constituye a partir de sus partes; del mismo modo, el interés nacional debe ser la suma de los intereses parciales o locales” (Pitkin, 1985, p. 241), entonces, los integrantes de los diversos órganos de la función pública deben ser el reflejo de sus gobernados, es decir, su conformación debe ser acorde a las personas de diversos sectores para que cada parte de la población participe de la defensa de sus intereses.

El Estado se conforma por tres elementos: territorio, población y gobierno, entonces, para que se puedan delimitar estos tres elementos será necesario que pri-

mero, se elija a los representantes de ese gobierno, el cual, se compondrá por cuanta diversidad exista en sus integrantes, por lo que es, en esta composición que las personas con discapacidad se deben integrar para así poder representar a un sector social que en la actualidad se encuentra desdibujado, ya que los derechos políticos son los primeros en ejercerse para efectivizar los demás derechos.

El camino que se ha recorrido para que a las personas con discapacidad se les reconozcan sus derechos, ha sido complicado y por lo que respecta a sus derechos políticos, se han enfocado por hacer efectivo el derecho al voto activo, esto es con acciones como mamparas especiales en las cuales puedan acceder fácilmente personas en silla de ruedas, boletas en formato braille para que las personas invidentes puedan ejercer su derecho a sufragar, dejando de lado el voto pasivo, que es el instrumento mediante el cual, se elige a quienes integran los diversos espacios gubernamentales.

En el proceso electoral que se celebró en 2017-2018, se renovaron 18 299 cargos de elección popular a nivel federal y local, sin embargo, la postulación de personas con discapacidad no corresponde al porcentaje de ese sector.

Por lo tanto, se requiere hacer los ajustes necesarios que permitan hacer efectivo el ejercicio de los derechos político electorales de las personas con discapacidad consistentes en implementar acciones afirmativas para garantizar su derecho al voto pasivo y que los partidos políticos al tener como función el proponer candidatos, incluyan dentro de sus estatutos, una cuota para postular a personas con discapacidad.

Una acción afirmativa es “la designación de las medidas jurídicas y de hecho para dar un tratamiento privilegiado a ciertos grupos de la población, con el objetivo de superar las desigualdades, existentes a pesar de la igualdad formal” (Nohlen, 2006, p. 13), por lo que, una acción afirmativa es un ajuste razonable para permitir que distintos grupos en desventaja o vulnerabilidad se encuentren en igualdad de condiciones con las demás personas.

El modelo social de discapacidad contempla a las personas con discapacidad para que contribuyan a las necesidades sociales en la misma medida que el resto de las personas, eliminando las barreras que impone la misma sociedad, las cuales se deben excluir mediante mecanismos como son las acciones afirmativas consistentes en que los partidos políticos realicen los ajustes pertinentes para postular a cargos de elección popular a personas con discapacidad para jugar el papel por el que pugna la representación descriptiva dentro del ámbito político.

REFLEXIONES FINALES

- La discapacidad descansa sobre un constructo social que limita la participación de las personas en las instancias gubernamentales.
- La representación descriptiva contempla que los diversos sectores deben encontrarse representados como un reflejo de ellos mismos, en el caso las personas con discapacidad, bastará con que exista un grupo que los represente para que pueda velar por la defensa de sus derechos, lo que

también permitirá visibilizarlos y socialmente normalizarlo, lo cual aún no se concreta y prueba es que el Instituto Nacional Electoral (INE) publicó el Informe “Implementación de medidas incluyentes para personas con discapacidad en el Proceso Electoral Federal 2017-2018” y, solo por citar un ejemplo, en este se señala que en el pasado proceso electoral hubo 1 926 promocionales, de los cuales sólo 9 (0.5%) hicieron mención a personas con discapacidad, a programas o propuestas de las y los candidatos dirigidos a este grupo de personas (INE, s/f, p. 51-53).

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contemplan que el voto pasivo es un derecho que debe ser garantizado a todos, por lo tanto, también debe alcanzar a las personas con discapacidad.
- Al ser el voto pasivo un derecho que se debe garantizar a todos los gobernados, las acciones afirmativas son un medio para que este sector pueda acceder a cargos de elección popular. De la misma forma, se deben establecer fechas para el cumplimiento de las metas que lleven al logro de los objetivos planteados para permitir que la comunidad de discapacitados puedan ejercer el voto pasivo.

Las propuestas que se han realizado por parte de grupos de la Sociedad Civil y que aún deben materializarse son:

- Que las personas con discapacidad puedan acceder a los cargos públicos de elección popular.
- Que las personas con discapacidad puedan ocupar las dirigencias de los partidos políticos.
- Que los partidos políticos y candidaturas independientes impulsen criterios de accesibilidad total, arquitectónica, urbana y a la información, en favor de los derechos de las personas con discapacidad.
- Que los partidos políticos y candidaturas independientes cuenten con plataformas, páginas de internet y spots que sean accesibles para las personas con discapacidad.
- Que los partidos políticos y candidaturas independientes den cumplimiento a lo que señala la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.
- Que los partidos políticos y candidaturas independientes impulsen la creación de plataformas que puedan traducirse en políticas públicas en favor de las personas con discapacidad.
- Que los partidos políticos y candidaturas independientes destinen parte de su presupuesto para promover, proteger y garantizar los derechos de las personas con discapacidad.

- Que los partidos políticos y candidaturas independientes impulsen la inclusión de género en el marco de los derechos de las personas con discapacidad, para que un mayor número de mujeres con discapacidad accedan a cargos públicos de decisión.
- Que los partidos políticos y candidaturas independientes establezcan un mecanismo de acercamiento con las personas con discapacidad.
- Que los partidos políticos y candidaturas independientes incluyan a las personas con discapacidad, para que éstas puedan ser candidatas a cargos públicos de elección popular.
- Que los partidos políticos y candidaturas independientes posicionen de manera prioritaria la agenda de las personas con discapacidad.
- Crear un Instituto que se ocupe de la investigación, divulgación y participación de las personas con discapacidad.

Como respuesta a estas inquietudes, los partidos políticos, –sin hasta la fecha concretarse–, propusieron:

- La representante del Partido Acción Nacional señaló que han creado una plataforma electoral que garantiza los derechos de las personas con discapacidad sin discriminación ni violencia.
- La representante del Partido Revolucionario Institucional señaló que han impulsado la participación de las personas con discapacidad al interior de su gremio, con lo cual ha contribuido al empoderamiento de este grupo de personas.
- La representante del Partido de la Revolución Democrática señaló que han incluido en los espacios de decisión de su partido a las personas con discapacidad y continuarán registrando a personas con discapacidad como aspirantes a cargos públicos.
- La representante del Partido Verde Ecologista de México señaló que han impulsado los derechos de las personas con discapacidad al interior de su partido.
- El representante del Partido del Trabajo señaló que continuarán generando acciones en favor de las personas con discapacidad.
- El representante de Movimiento Ciudadano señaló que cuentan con una persona con discapacidad que se encarga de impulsar la agenda por los derechos de este grupo y se comprometen a seguir impulsando la agenda por los derechos de las personas con discapacidad.
- La representante de Nueva Alianza señaló que su partido construirá una alianza en favor de las personas con discapacidad, en la que se prioricen

temas de accesibilidad, inclusión y no discriminación para este grupo de personas; asimismo, pretenden llevar estas mesas de diálogo en favor de los derechos de las personas con discapacidad a diferentes estados de la República.

- El representante de Morena señaló que continuarán impulsando los derechos de las personas con discapacidad desde su partido.
- El representante del candidato independiente señaló que se comprometen a la creación de instancias regionales que vigilen y promuevan la participación política de las personas con discapacidad. Asimismo, estableció el compromiso de crear una campaña regional de sensibilización a candidatos políticos, así como regular y sancionar los inmuebles que no cuenten con criterios de accesibilidad para personas con discapacidad.

La lucha para lograr las cuotas de género hoy son una realidad y de la misma forma debe lograrse la inclusión de las cuotas de discapacidad por ser un sector que debe visibilizarse y socialmente normalizarse para cambiar la percepción que se tiene respecto de esta comunidad.

- a) Las acciones afirmativas consisten en que los partidos políticos que integren dentro de sus listas de representación proporcional, así como para los cargos de mayoría relativa a las personas con discapacidad.

Se deben manejar como acciones afirmativas para que los discapacitados realmente cuenten con las herramientas necesarias para efectivizar sus derechos político-electorales y no queden como meros derechos en abstracto.

- b) Las listas que se mencionan en el inciso que antecede, derivan del porcentaje de población en situación de discapacidad que habite la circunscripción territorial por el que se va a postular.

REFERENCIAS

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Cámara de Diputados, Ciudad de México, 5 de febrero de 1917.
2. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Diario Oficial de la Federación, Ciudad de México, México, 2 de mayo de 2008.

3. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).
4. Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (2013). Estadísticas a propósito del día internacional de las personas con discapacidad. Recuperado de <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/Contenidos/estadisticas/2013/discapacidad0.PDF>.
5. Instituto Nacional Electoral (INE) (s/f). Implementación de medidas incluyentes para personas con discapacidad en el Proceso Electoral Federal 2017-2018. Recuperado de https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/481063/INFORME_FINAL_PcD.pdf.
6. Nohlen, D. (2006). *Diccionario de Ciencia Política*. México: Porrúa.
7. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Recuperado de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf>.
8. Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: CINCA.
9. Pitkin, H. (1985). *El concepto de Representación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección Civitas.

La equidad en las campañas electorales: elección consecutiva a presidentes municipales en el Estado de México (Proceso Electoral 2017-2018)

Equity in electoral campaigns: consecutive municipal election for mayor in the State of Mexico (Election Process 2017-2018)

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ GONZÁLEZ*



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

Los Comités / Año 2 Número 4 / julio-diciembre 2019 / pp. 137-148 / ISSN 2594-1356
Recepción: 09 de julio de 2019 / Aceptación: 07 de octubre de 2019

Resumen	En el presente estudio, desde su interpretación y fundamentación, se revisa el principio de equidad en las campañas electorales, dentro de la sentencia dictada con motivo del recurso de revisión interpuesto en una Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, derivada de la elección consecutiva a presidentes municipales en el Proceso Electoral 2017-2018.
Palabras clave	Campañas electorales, Equidad en campañas electorales, Elección consecutiva y proceso electoral.
Abstract	The aim of this paper, from its interpretation and foundation, the principle of equity in electoral campaigns is reviewed, within the sentence issued on the occasion of the appeal filed in a Regional Chamber of the Electoral Court of the Judicial Power of the Federation, derived from the consecutive election of municipal presidents in the 2017-2018 Electoral Process.
Key words	Electoral campaigns, Equity in electoral campaigns, Consecutive election and electoral process.

*Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México, Estudios de Maestría en Derecho Electoral en el Centro de Formación y Documentación Electoral en el Instituto Electoral del Estado de México. México. Subdirector consultivo en la Dirección Jurídica Consultiva del Instituto Electoral del Estado de México. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0207-2262>. Correo electrónico: miguel-sanchez29@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

En materia electoral, la elección consecutiva, se refiere a la posibilidad que tiene un servidor público en funciones, a participar en la siguiente elección. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM, 2014, art. 115, fr. I párr. segundo) señala que los Estados deben establecer la elección consecutiva para el mismo cargo de presidentes municipales, regidores y síndicos, por un periodo adicional siempre y cuando el periodo del mandato de los ayuntamientos no sea superior a tres años y como requisito establece que la postulación solo podrá realizarse por el mismo partido o por cualquiera de los partidos integrantes de la coalición que hubiese postulado al candidato, salvo que hayan renunciado o perdido su militancia antes de la mitad de su mandato.

La CPEUM señala, cede a la soberanía de las entidades federativas, la facultad configurativa de la elección consecutiva, en específico la de los ayuntamientos, es decir, que los Estados reglamenten dicha elección. La Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México (CPELSM, 2019, art. 119) establece que para ser miembro propietario o suplente de un Ayuntamiento se requiere, ser mexicano por nacimiento, ciudadano del Estado, en pleno ejercicio de sus derechos, ser mexicano con residencia efectiva en el municipio no menor a un año o vecino del mismo, con residencia efectiva en su territorio no menor a tres años, anteriores al día de la elección; y ser de reconocida probidad y buena fama pública.

El Código Electoral del Estado de México (CEEM, 2019, art. 18) señala que la elección consecutiva para el cargo de presidentes municipales, regidores y síndicos será por un periodo adicional; la postulación sólo podrá ser realizada por el mismo partido o por cualquiera de los partidos integrantes de la coalición que lo hubiere postulado, salvo que hayan renunciado o perdido su militancia antes de la mitad de su mandato; los integrantes de los Ayuntamientos que tengan interés en reelegirse deberán cumplir con los requisitos previstos en el artículo 119 de la Constitución Local, estar inscrito en el Registro Federal de Electores, contar con la credencial para votar con fotografía y respecto del requisito de separarse del cargo noventa días antes de la elección, se infiere que es, para respetar el principio de equidad y colocar a los candidatos en igualdad de condiciones.

Dentro de las campañas electorales para miembros de los Ayuntamientos, hay desigualdad, toda vez que se incumple con los gastos de campaña, al contar el candidato a elección consecutiva con una estructura municipal, que tendrá a su merced la difusión y promoción del voto a su favor, dado que la campaña electoral estará dentro de los noventa días antes de la elección a la cual no se tienen que separar del cargo, dada que con mayor frecuencia se entregan recursos económicos de programas que no se suspenden en campañas electorales, lo cual se traduce en que el dicho candidato tendrá mayor presencia y cercanía a la ciudadanía en días próximos a la jornada electoral, lo cual denota desigualdad entre los candidatos.

Por otra parte, es de destacar que tampoco se respeta el principio de equidad en la contienda, pues en este supuesto unos candidatos contienden con mayores o menores beneficios, derivado de la resolución de la Sala Regional, es decir, el candidato a elección consecutiva actuará como candidato y presidente municipal, lo cual causa confusión, ya que está en posibilidad de desarrollar sus actividades con financiamiento público y privado, con programas sociales permitidos en campañas electorales y con la promoción de su imagen con recursos humanos y económicos municipales, lo cual no tendrán a su alcance los candidatos que se registran por primera vez.

Esta reflexión, lleva a revisar la motivación que dio origen a los Juicios de revisión Constitucional ST-JRC-6/2017 y ST-JRC-7/2017, así como el tratamiento al principio de equidad en dichos juicios de revisión de la Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, dentro de las campañas electorales, los cuales se refieren a la elección consecutiva específicamente a presidentes municipales en el Estado de México en el Proceso Electoral 2017-2018, con base en el enfoque que determinó la Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

LA ELECCIÓN CONSECUTIVA

La elección consecutiva es una reelección al cargo por un periodo adicional, la cual de acuerdo con las constituciones Federal y Local, se ha denominado como *Elección Consecutiva* y conforme al Reglamento de Elecciones a Distintos Cargos de Elección Popular del Instituto Electoral del Estado de México (REDCEPIEM, 2017 art. 3 fr. IX) se ha definido como la modalidad de postulación de quien ostenta un cargo de elección popular para contender de manera sucesiva a ese mismo cargo, de conformidad con los requisitos, condiciones y términos establecidos en la Constitución Federal, la Constitución Local, el Código y Reglamento.

La reelección es el resultado de la reforma electoral realizada en 2014, aplicable únicamente para Senadores de la República, Diputados Federales y locales y miembros de Ayuntamientos, la cual tiene como finalidad, entre otras, la de continuar con los trabajos iniciados en su encargo, y aplica a la resolución que dio origen a los Juicio de Revisión Constitucional ST-JRC-6/2017 Y ST-JRC-7/2017.

La elección consecutiva específicamente para presidentes municipales en el Estado de México en el Proceso Electoral 2017-2018, con base en el criterio que determinó la Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación estableció la inaplicación del artículo 18 del CEEM para que los candidatos a elección consecutiva no se separen de cargo los 90 días antes de la elección, toda vez debe de acatar lo determinado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad 50/2017, la cual fue aprobada por más de ocho votos y constituye jurisprudencia, ello de acuerdo con artículo 232 de la Ley de Amparo, resulta inequitativo e ilegal, participan en condiciones de desigualdad en la contienda electoral.

Respecto de cómo surgió la negativa de separación del cargo a la elección consecutiva, en el Estado de México, por parte de los candidatos propuestos a la elección consecutiva? Cabe recordar que el representante del partido político Movimiento Ciudadano, ante el Consejo General del Instituto Electoral del Estado de México, consultó al Consejo General del Instituto Electoral del Estado de México

que, si los candidatos a la elección consecutiva de cargos de elección popular de Ayuntamientos deberían de separarse noventa días antes de la elección, requisito que establece el artículo 18 del CEEM, la respuesta a la consulta por parte del órgano máximo de dirección, derivó en el Acuerdo IEEM/CG/167/2017, en el que se determinó que los miembros de los Ayuntamientos que quisieran participar de manera consecutiva, deberían separarse los noventa días antes al día de la jornada electoral.

Ante tal respuesta otorgada por el Consejo General, al partido político señalado junto con el Partido Acción Nacional (PAN), se inconformaron ante el Tribunal Electoral del Estado de México, el cual resolvió, confirmando el acuerdo emitido por el Consejo General.

Los representantes de los partidos políticos aludidos, inconformes ante tal acuerdo del Consejo, interpusieron el juicio de revisión constitucional, en el cual, se determinó inaplicar el requisito de separarse 90 días antes de la jornada electoral, estableciendo que los servidores públicos que se encuentren en funciones y decidan participar mediante la elección consecutiva deberían continuar con su cargo sin la necesidad de separarse, criterio que coincide con el antecedente de otras entidades federativas como Yucatán y Durango.

LA EQUIDAD EN CAMPAÑAS ELECTORALES, EN LA ELECCIÓN CONSECUTIVA A PRESIDENTES MUNICIPALES

La igualdad es un concepto multívoco que permite analizarlo desde diversos puntos como el adjetivo, formal y material y en el presente estudio se aborda desde el punto de vista formal, que es el que deriva de un proceso legislativo, con las características de generalidad, obligatoriedad y de orden público, sin distinciones para aplicar la norma a los individuos, ya sea por su raza, religión, ideología o color de la piel.

Por lo que respecta a la equidad, es un concepto que suele confundirse con el de igualdad, sin embargo, la igualdad es un derecho que posibilita aplicar la norma sin distinción alguna y la equidad es darle a cada quien lo que necesite de acuerdo con su contexto y necesidades, es decir, es un término más amplio, que tiene como propósito flexibilizar la norma para equilibrar los derechos entre unos y otros.

El principio de equidad en la contienda electoral tiene varios significados desde el punto de vista, ya sea de los partidos políticos o de los candidatos que están en desacuerdo en lo que es equidad, en virtud de que le apropiaron un significado de acuerdo a sus intereses particulares, pero “equidad en la contienda” significa que tengan las mismas posibilidades legales en el desarrollo de las campañas electorales, por parte de los actores políticos postulados a una elección.

Desde el punto de vista de la resolución emitida por la Sala Regional Toluca del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, se determinó que hay equidad en la contienda, toda vez que a los candidatos propuestos a elección consecutiva se aplicarán las reglas para el uso de los recursos públicos, así como para la propaganda, lo que dista de ser real, en razón de que al momento de aplicar los recursos económicos del municipio, ¿con qué calidad realizará la entrega de los bienes y servicios siendo estos del erario municipal?, ¿se presentará como presidente municipal o como candidato a elección consecutiva?, lo cual eventualmente pudiera causar confusión entre el electorado, aun cuando se ha señalado que la voluntad final se expresa en las urnas.

Cabe destacar que en la actualidad existen medios de control para la fiscalización, tanto para los partidos políticos como a los candidatos, los cuales son sujetos de transparentarse, sin que se tenga éxito para los casos de candidatos propuestos a elección consecutiva, dado que no hay un límite para la función de autoridad y la función de candidato, situación que da ventaja al candidato de la reelección, por tener a su alcance los recursos económicos, materiales y humanos, para promocionarse como candidato dentro de las funciones como servidor público dada la inexistencia de una línea que separe las funciones de uno y del otro.

Pero, hasta dónde alcanza a investigar una autoridad electoral, si recursos de los ayuntamientos que se gastan, van inmersos tanto en la imagen como la solicitud del voto del candidato a la elección consecutiva, razón por la cual se considera que se debe cumplir con el requisito de separarse los 90 días antes de la elección, para que exista igualdad y equidad de circunstancias de los candidatos participantes a la elección de ayuntamientos y de esta manera evitar ventajas y desventajas entre los candidatos.

En el proceso electoral 2017-2018, para la elección de candidatos a las Diputaciones y los Miembros de los Ayuntamientos, en el recurso de revisión citado se llegó a señalar a la elección consecutiva, como la violación a un derecho humano, pero es inapropiado considerarse como tal, porque no se está privando o violando un derecho, ya que, en la especie, lo que se requiere es aplicar la norma contenida en el texto de la CPEUM, toda vez que la obligación de los partidos políticos es la de postular a sus candidatos, lo cual es el medio legal e idóneo para el ejercicio de los derechos políticos electorales de los ciudadanos y estos a su vez, cumplir con los requisitos que exige la norma de acuerdo con la facultad configurativa de los Estados en cuanto a la elección consecutiva, atendiendo a dicha facultad en el Estado de México, el CEEM señala como requisito para ser candidato a la elección consecutiva, el separarse noventa días antes de la elección, pero en realidad esto es potestativo, ya que unos candidatos lo hacen y otros no.

Dentro de las campañas electorales para las y los candidatos se tienen restricciones de carácter general, sin embargo, para el candidato a la elección consecutiva, en su carácter de presidente municipal, ¿cómo evitar la entrega de materiales u obras? si al mismo tiempo está cumpliendo con un encargo y también en ese momento está promocionando el voto a su favor como candidato, lo cual resulta inequitativo, dado que se promueve el voto y su imagen con el aparato y recurso municipal, toda vez que es presupuesto del ayuntamiento, lo cual se omite revisar y observar por la autoridad administrativa electoral dada la falta de normatividad para ello; sin embargo, si se separa los 90 días antes de la elección se evitaría esta situación y se propician la transparencia y la igualdad en la contienda para todos los candidatos a los ayuntamientos.

LA ELECCIÓN CONSECUTIVA A PRESIDENTES MUNICIPALES EN EL PROCESO ELECTORAL 2017-2018

En el proceso electoral de Ayuntamientos 2015-2016, así como el extraordinario en el Municipio de Chiautla, Estado de México 2016, y posteriormente a la resolución de los diversos medios de impugnación a nivel jurisdiccional, en los municipios que forman parte del territorio del Estado de México, los partidos políticos contendien-

tes que obtuvieron el triunfo en diversos municipios de la entidad, numéricamente fueron:

Cuadro 1. La equidad en las campañas electorales: elección consecutiva a presidentes municipales en el Estado de México. (Proceso Electoral 2017-2018).

PARTIDO POLÍTICO O COALICIÓN PARCIAL	NO. DE MUNICIPIOS GANADOS
Partido Acción Nacional (PAN)	9
Partido Revolucionario Institucional (PRI)	25
Partido de la Revolución Democrática (PRD)	16
Partido del Trabajo (PT)	3
Partido Verde Ecologista de México (PVEM)	0
Partido Movimiento Ciudadano (MC)	1
Nueva Alianza (NA)	1
Partido Encuentro Social (PES)	2
Morena	1
PRI - PVEM - NA	58
PAN - PT	9

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de IEEM, SICEPE 2000-2017, 2016.

El pasado 1 de julio de 2018 se llevó a cabo la jornada electoral para renovar la legislatura local, consiste en 45 diputados de mayoría relativa y 30 de representación proporcional, así como a los miembros de los ayuntamientos de los 125 municipios del Estado de México.

Por primera ocasión, posterior a la reforma político electoral de 2014, se llevó a cabo la reelección o elección consecutiva como la denomina el CEEM en la que los diversos actores políticos contendieron, a través de los partidos políticos, coaliciones y candidaturas independientes, resaltando que algunos de los candidatos postulados lo hicieron a través de la figura en estudio.

En el pasado proceso electoral, contendieron nueve partidos políticos con registro federal (PAN, PRD, PT, PVEM, MC, NA, PES y MORENA) de entre los cuales existieron dos coaliciones (integradas una por PT-MORENA-PES y la otra por PAN-PRD-MC) y uno con registro local denominado Vía Radical (VR).

A la celebración de la Jornada Electoral y una vez realizado el cómputo en los 125 Consejos Municipales, así como una vez resueltas las impugnaciones efectuadas por los actores políticos, y de los resultados obtenidos por los partidos políticos y coaliciones, cada uno de ellos logró el triunfo para gobernar en los municipios siguientes:

Cuadro 2. La equidad en las campañas electorales: elección consecutiva a presidentes municipales en el Estado de México. (Proceso Electoral 2017-2018).

PARTIDO POLÍTICO O COALICIÓN	NO DE MUNICIPIOS GANADOS
PAN	4
PRI	22
PRD	2
PT	1
PVEM	6
MC	1
NA	4
PES	0
Morena	11
VR	2
PT-MORENA-PES	42
PAN-PRD-MC	28

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del IEEM, 2019.

En los 125 municipios que integran el Estado de México, compitieron diversos candidatos de los cuales por reelección se postularon 23 del PRI, 5 del PAN, 7 del PRD, 1 MC (Aparicio, 2018) y 1 de MORENA.

Como resultado de lo anterior, 37 servidores públicos en funciones con el cargo de presidente municipal se postularon a través de la figura de elección consecutiva:

Cuadro 3. La equidad en las campañas electorales: elección consecutiva a presidentes municipales en el Estado de México. (Proceso Electoral 2017-2018).

PARTIDO POLÍTICO O COALICIÓN POR EL QUE FUE ELECTO	MUNICIPIO EN EL QUE GOBIERNA	PRESIDENTE MUNICIPAL EN FUNCIONES
PAN	Huehuetoca	José Luis Castro Chimal
	Temascalapa	Héctor Quezada Quezada

Continúa...

PARTIDO POLÍTICO O COALICIÓN POR EL QUE FUE ELECTO	MUNICIPIO EN EL QUE GOBIERNA	PRESIDENTE MUNICIPAL EN FUNCIONES
PRI	Jiquipilco	Marisol González Torres
	Sultepec	Miguel Ángel Hernández Tinoco
	San Mateo Atenco	Julio César Serano González
	Tejupilco	Lino García Gama
	Temascaltepec	Noé Barrueta Barrón
	Tenango del Valle	Francisco Garduño Gomez
	Zinacantepec	Marcos Manuel Castrejón Morales
	Santo Tomás	Ma. Clotilde García Enriquez
	Ixtlahuaca	Juan Carlos Bautista
	Texcaltitlán	Zoila Huerta Loza Santos
	Ecatzingo	Marcelino Robles Flores
PRD	Tultepec	Armando Portuguez Fuentes
	Nezahualcóyotl	Juan Hugo de la Rosa García
	Cocotitlán	Tomás Suárez Juárez
	Amatepec	José Félix Gallegos Hernández
	Isidro Fabela	Leonardo Mondragón Ortega
MC	Ángel Zuppa Nuñez	
	Tepotzotlán	
Morena	Otzolotepec	Erika Sevilla Alvarado
	Villa Victoria	Mario Santana Carbajal
PRI-PVEM-NA	Lerma	Jaime Cervantes Sánchez
	Jocotitlán	Iván de Jesús Esquer Cruz
	Valle de Bravo	Mauricio Osorio Domínguez
	Tepetlaoxtoc	Rolando Trujano Sánchez
	Toluca	Fernando Zamora Morales
	Otzoloapan	J. Santos Cabrera Cruz
	Temascalcingo	Rigoberto Del Mazo Garduño
	Tonatico	Ana Cecilia Peralta Cano
	San Martín de las Pirámides	Francisco Robles Badillo
	Joquicingo	Alma Delia Palleres Catañeda

Continúa...

PARTIDO POLÍTICO O COALICIÓN POR EL QUE FUE ELECTO	MUNICIPIO EN EL QUE GOBIERNA	PRESIDENTE MUNICIPAL EN FUNCIONES
PAN-PT	Huixquilucan	Enrique Vargas Del Villar
	Chapa de Mota	Leticia Zepeda Martínez
	Ixtapan del Oro	Francisco García Morales
	Melchor Ocampo	Miriam Escalona Piña
	Soyaniquilpan de Juárez	Jorge Espinosa Arciniega
	Atizapán de Zaragoza.	Ana María Balderas Trejo

Fuente: Elaboración propia con datos de Aparicio, 2018.

Como se observa en el cuadro 3, del 100% de los municipios que integran el territorio del Estado de México, sólo en el 29.6% sus gobernantes decidieron competir, para, en su caso, ser electos por un periodo adicional, dado que cumplieron con los requisitos y los tiempos legales para obtener su registro como candidatos electorales al cargo de presidentes municipales en sus respectivos municipios.

Después de la jornada electoral, del pasado cuatro de julio de dos mil dieciocho, referente al proceso electoral 2017-2018 y una vez efectuados los respetivos cómputos municipales, así como la resolución de los diversos medios de impugnación interpuestos para tal efecto, sólo el 54.05% de ellos resultaron electos para un periodo adicional, en los municipios siguientes:

Cuadro 4. La equidad en las campañas electorales: elección consecutiva a presidentes municipales en el Estado de México. (Proceso Electoral 2017-2018).

PARTIDO POLÍTICO O COALICIÓN ELECTO EN PROCESO ANTERIOR	NO. CANDIDATOS ELECTOS	MUNICIPIO	PRESIDENTE MUNICIPAL
PAN	7	Huixquilucan	Enrique Vargas Del Villar
		Chapa de Mota	Leticia Zepeda Martínez (PAN-PT)
		Ixtapan del Oro	Francisco García Morales
		Melchor Ocampo	Miriam Escalona Piña (PAN-PT)
		Soyaniquilpan de Juárez	Jorge Espinosa Arciniega (PAN-PT)
		Huehuetoca	José Luis Castro Chimal
		Temascalapa	Héctor Quezada Quezada

Continúa...

PARTIDO POLÍTICO O COALICIÓN ELECTO EN PROCESO ANTERIOR	NO. CANDIDA- TOS ELECTOS	MUNICIPIO	PRESIDENTE MUNICI- PAL
PRI	7	Villa Victoria	Mario Santana Carbajal (PRI -PVEM-NA)
		Lerma	Jaime Cervantes Sánchez (PRI -PVEM-NA)
		Jocotitlán	Iván de Jesús Esquer Cruz (PRI -PVEM-NA)
		Valle de Bravo	Mauricio Osorio Domínguez (PRI -PVEM-NA)
		Jiquipilco	Marisol González Torres
		Sultepec	Miguel Ángel Hernández Tinoco
		San Mateo Atenco	Julio César Serano González
PRD	4	Tultepec	Armando Portuguez Fuentes (PAN-PRD-MC)
		Cocotitlán	Tomás Suárez Juárez
		Amatepec	José Félix Gallegos Hernández (PAN-PRD-MC)
		Nezahualcóyotl	Juan Hugo de la Rosa García (PAN-PRD-MC)
MC	1	Tepotzotlán	Ángel Zuppa Nuñez (PAN-PRD-MC)
Morena	1	Otzolotepec	Erika Sevilla Alvarado (PT-MORENA-PES)

Fuente: Elaboración propia con datos del IEEM 2015-2019, 2015.

Como se observa en el cuadro 4, y posterior a realizar una comparación entre los candidatos que resultaron electos en el proceso electoral 2015-2016 y los del 2017-2018, se observa que, del 100% de los alcaldes mexiquenses en funciones, que se postularon bajo la figura de elección consecutiva, sólo el 54.05% logró su reelección para un periodo adicional, lo que significa que estos servidores públicos permanecerán en su encargo seis años, es decir, que su mandato se extenderá hasta dos mil veintiuno.

CONCLUSIONES

- a. La elección consecutiva es una figura político electoral que, de acuerdo con la reforma electoral de 2014, su regulación fue reservada para los Estados, originalmente por la Constitución Federal; por lo tanto, se debe de respetar como la reglamentación particular de cada entidad federativa, lo que se traduce en el ejercicio de la facultad soberana de los mismos y por ende en la legalidad de esta figura político-electoral.
- b. Con base en su idiosincrasia, valores, tiempos electorales y consenso de los partidos políticos, cada entidad federativa, en aras de su soberanía, tiene la facultad constitucional de señalar los requisitos para la elección consecutiva, los cuales deben de aprobarse por sus respectivas legislaturas, así como observarse y aplicarse.
- c. La facultad configurativa de la reelección o elección consecutiva de las entidades federativas vulnera la soberanía de los Estados al inaplicarse en virtud de una acción de Inconstitucionalidad.
- d. En el caso del Estado de México, se debe omitir la observancia del criterio contenido en la acción de inconstitucionalidad citada, así como en las resoluciones de Sala Toluca, toda vez que para que exista equidad en la contienda y se garantice el principio de legalidad, debe existir las mismas reglas, condiciones y oportunidades al participar, es decir, que las candidatas y los candidatos a la elección consecutiva, deben separarse del cargo los noventa días antes de la elección, tal y como lo señala el artículo 18 del CEEM, para que todos los participantes se encuentren en igualdad de condiciones al momento de iniciar las campañas y de esta manera respetar lo que originalmente señala la Constitución Federal, que es la facultad configurativa que se les otorgó a las entidades federativas, respecto de la elección consecutiva.
- e. Si la elección consecutiva fue reservada para los Estados, por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se debe respetar lo establecido en la misma, ya que una acción de inconstitucionalidad, no puede estar por encima de la constitución.

REFERENCIAS

1. Aparicio, B. (8 de marzo de 2018). Alcaldes de México. Al menos 36 alcaldes buscan la reelección en el Estado de México. Recuperado de <https://www.alcaldesdemexico.com/notas-principales/al-menos-36-alcaldes-buscan-la-reeleccion-en-el-estado-de-mexico/>.
2. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) (2019). Cámara de Diputados. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_060619.pdf.

3. Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México (CPELSM) (2019). Recuperado de <http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/ley/vig/leyvig001.pdf>.
4. Código Electoral del Estado de México (CEEM) (2017). Recuperado de http://www.secretariadeasuntosparlamentarios.gob.mx/leyes_y_codigos.html.
5. Instituto Electoral del Estado de México (IEEM) (2016). SICEPE 2000-2017. Sistema de Consulta de la Estadística de los Procesos Electorales 2000-2017. Recuperado de <http://www.ieem.org.mx/organizacion/estadistico/indexesta.html>.
6. Instituto Electoral del Estado de México (IEEM) (2019). Instituto Electoral del Estado de México. Resultados Electorales. Recuperado de http://www.ieem.org.mx/numeralia/result_elect.html.
7. IEEM 2015-2019 (2015). *Integrantes de Ayuntamientos Electos para el periodo 2019-2021 y 2015-2016*. Recuperado de <http://www.ieem.org.mx/2015/candidatos/ayuntamientos.pdf> y <http://www.ieem.org.mx/>
8. Reglamento para el Registro de Candidaturas a Distintos Cargos de Elección Popular ante el Instituto Electoral del Estado de México (2017). Recuperado de http://www.ieem.org.mx/consejo_general/cg/2017/acu_17/a194_17.pdf.
9. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Juicios de Revisión Constitucional Electoral. ST-JRC-6/2017 y ST-JRC-7/2017. Recuperado de <https://www.te.gob.mx/salasreg/ejecutoria/sentencias/toluca/ST-JRC-0006-2017.pdf>.
10. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sentencia dictada por el Tribunal Pleno de la Acción de Inconstitucionalidad 50/2017. Diario Oficial de la Federación, Ciudad de México, México, 21 de marzo de 2018.

Inclusión laboral y posconflicto en Colombia: la telecapacidad como herramienta estratégica¹

Labor inclusion and post-conflict: Tele-capacity as a strategic tool

ADRIANA CAMACHO-RAMÍREZ*

MARÍA JOSÉ VARGAS RODRÍGUEZ**



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

Resumen

Colombia es uno de los estados con mayores índices de víctimas de minas antipersona, producto del conflicto armado que supera los cincuenta años. Actualmente, Colombia enfrenta un proceso de justicia transicional, el cual involucra diversos retos en materia de posconflicto. Uno de los medios para alcanzar la paz, radica en incorporar los actores del conflicto armado al mercado laboral y de implementar la telecapacidad como mecanismo de inclusión socioeconómica de las personas en condición de discapacidad víctimas de las minas antipersona y de los desmovilizados en situación de discapacidad de los grupos armados al margen de la ley.

Palabras clave

Teletrabajo, TIC's, telecapacidad, posconflicto.

Abstract

Colombia has one of the highest rates of victims of antipersonnel mines, as a result of a non-international armed conflict up to fifty years. Currently, Colombia faces a process of transitional justice, which involves several challenges in post-conflict matters. One of the means to achieve peace is to incorporate the actors in the armed conflict into the labor market and to implement teleworking as a mechanism for socio-economic inclusion of disabled people, whether they are victims of antipersonnel mines or demobilized persons of armed groups.

Key words

Teleworking, ICT's, tele-capacity, post-conflict.

*Abogada de la Universidad del Rosario y de la Università degli Studi di Milano (Italia). Magíster en Derecho Laboral y Administración del Personal en la Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano (Italia). Doctora en Derecho de la Universidad Alfonso X El Sabio (España). Profesora de carrera de la Universidad del Rosario y miembro del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la misma universidad. Italia y España. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3178-2255>. Correo electrónico: adriana.camacho@urosario.edu.co

**Abogada (Nivel académico en Colombia: universitario/pregrado). Candidata a Magíster en Derecho Internacional. Asistente graduada en la Universidad de los Andes. Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2897-8046>. Correo electrónico: vargas.mariajose@gmail.com

¹ La presente investigación fue elaborada dentro del marco de la línea de investigación en derecho del trabajo y seguridad social del Grupo de Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

INTRODUCCIÓN

La “silla rota” (*broken chair*) es una escultura de una altura aproximada de 12 m, de una silla que se sostiene sin una de sus patas. Ubicada frente al Palace Des Nations, en Ginebra (Suiza), envía un mensaje contundente a la sociedad internacional contra la violencia producida por las minas antipersona mediante su desequilibrio y estabilidad (Handicap International, 2016).

Esta representación artística refleja una problemática que trasciende fronteras y requiere de respuestas multidisciplinarias en procesos tan complejos como la terminación de un conflicto armado.

Colombia es uno de los estados con los mayores índices de víctimas de minas antipersona (MAP), producto de la guerra, y que por su estado actual de posconflicto se enfrenta a nuevas realidades sociales que reclaman una respuesta jurídica apropiada.

La utilización de las MAP en el conflicto armado colombiano ha derivado en un fenómeno denominado “la discapacidad como arma de guerra” (Centro Nacional de Memoria Histórica y Fundación Prolongar, 2017), lo cual a su vez genera nuevas problemáticas en materia social, económica y jurídica. Una de ellas, es la dificultad de la inclusión socioeconómica de las víctimas de MAP, en especial aquellas que se encuentran en condición de discapacidad.

Adicionalmente, el conflicto armado colombiano ha generado una dificultad ostensible en cuanto a la inclusión social y laboral de los desmovilizados de los grupos armados al margen de la ley, específicamente de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), con quienes recientemente fue suscrito un acuerdo de paz (Oficina del Alto Comisionado para la Paz, 2016, pp. 4-5), con el fin de acabar con el quincuagenario conflicto. Esta dificultad es aún más grave si la persona se encuentra en estado de discapacidad.

De esta forma y en el marco del proceso de posconflicto, la pretensión de disminuir la brecha de desigualdad es fundamental para alcanzar una paz estable duradera mediante la incorporación de los actores principales del conflicto armado al ámbito laboral. Específicamente de aquellos que como consecuencia del conflicto han sido considerados como personas en condición de discapacidad.

La atención a las personas en situación de discapacidad resultaría prioritaria en cualquier sociedad en la medida que este derecho social puede ser tener carácter de fundamental partiendo de la indivisibilidad de todos los derechos humanos y “por la vía del aprovechamiento conexo con otros derechos (integridad y educación o salud)” (Marrades, 2016, p. 218).

El presente artículo pretende responder a la pregunta de cuáles son las principales barreras y sus respectivas soluciones en la implementación de la telecapacidad como mecanismo de inclusión socioeconómica de las personas en condición

de discapacidad de las víctimas de las MAP, y de los desmovilizados de los grupos armados al margen de la ley. Paralelamente, se propondrán soluciones fundamentadas en el principio de cooperación de diferentes protagonistas y en una noción de responsabilidad que trasciende el ámbito legal, en la medida que todas estas problemáticas demandan respuestas materiales, y no meramente formales, en razón a la situación coyuntural que atraviesa Colombia.

LA TELECAPACIDAD (EX TELEDISCAPACIDAD) COMO UNA RESPUESTA DEL DERECHO LABORAL A UNA REALIDAD SOCIAL

LA FIGURA DEL TELETRABAJO Y LA TELECAPACIDAD: DESARROLLO INTERNACIONAL Y NACIONAL

El teletrabajo “es una figura que surge en la década de los setentas en legislaciones pertenecientes al *common law*, específicamente Estados Unidos e Inglaterra bajo la denominación de *teleworking* o *telecommuting*” (Vélez, 2013, p. 29). Desde el inicio, el teletrabajo fue una respuesta a la necesidad socioeconómica del momento: la crisis energética de los años setentas (Fabregat, 2002, pp. 55-61).

Posteriormente, esta figura se expande y focaliza en la atención de las necesidades de la población en situación de especial protección, por ejemplo, las personas en condición de discapacidad, precisamente porque el teletrabajo puede ser realizado por cualquier persona independiente de su género, edad o condición física (Salazar y Baker, 2007, pp. 89-98).

En efecto, las características del teletrabajo la hacen “una herramienta de inclusión y de acceso a un trabajo digno para diferentes poblaciones, al tiempo que se permite que el trabajador obtenga varios beneficios indirectos, como una mejor relación familiar y mayor libertad y autonomía en el manejo de su tiempo” (Martínez-Cárdenas, 2017, pp. 1-20).

La creciente implementación de esta figura atrajo la atención de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), quien la definió como “el acuerdo para aludir al trabajo en el que se utilizan las TIC y que se lleva a cabo de manera regular fuera de las instalaciones del empleador, cubriendo a numerosos trabajadores ‘móviles’ o itinerantes, así como a los que desarrollan su actividad en su domicilio” (OIT, 2002, p. 32).

Otras entidades también se han pronunciado al respecto como el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT) a través de la Nota Técnica de Prevención 412 (NTP 412) sobre los criterios de implantación del TT4 (1996), y la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo (AESST) en su boletín informativo del 2001, los acuerdos entre los sectores de las telecomunicaciones y el comercio sobre las directrices para el teletrabajo. Además, en su informe para el periodo del 2013 al 2020 hace clara referencia a aspectos como “la globalización, las nuevas tecnologías, el aumento en la proporción a nivel laboral de mujeres, inmigrantes y discapacitados, entre otros” (López, 2014, pp. 587-599).

A nivel nacional, en Colombia la Ley 1221 del 2008 definió el teletrabajo como “una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte

las tecnologías de la información y la comunicación –TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo”.

De igual forma, el Decreto 884 de 2012 reglamentó aspectos específicos del teletrabajo como (i) los elementos del contrato de teletrabajo; (ii) la igualdad de trato en la remuneración y capacitación; (iii) el uso adecuado de TIC, entre otros. A raíz de la mencionada ley y del presente decreto, el gobierno colombiano desarrolló actividades dirigidas a fomentar el teletrabajo. Entre ellas, la firma del Pacto por el Teletrabajo, la conformación de la Comisión Asesora del Teletrabajo y especialmente la publicación de un manual, denominado el “Libro Blanco: el ABC del Teletrabajo en Colombia”.

Este último, instrumento creado por el Ministerio del Trabajo y el MinTIC, surge como “el primer acercamiento metodológico orientado hacia la planeación y adopción de modelos laborales que aprovechen las ventajas de las TIC, y en simultánea provean a las organizaciones una serie de beneficios que cubran los ámbitos organizacionales, productivos, financieros, técnicos y de equilibrio entre la vida laboral y personal de los empleados” (MinTic, p.8).

Por su parte, la figura de “tele-discapacidad” es una variación del teletrabajo. España, ha sido uno de los principales promotores mediante el Grupo de Teletrabajo y Discapacidad, creador del proyecto DISCATEL (Discapacidad y Teletrabajo) conocido por su objetivo principal de “demostrar la posibilidad técnica y la rentabilidad económica y social del teletrabajo de *contact center* realizado por personas con alguna discapacidad física o sensorial desde su domicilio o un centro a distancia” (Goytre, 2013, p. 234). Sin duda este proyecto contiene elementos relevantes para la elaboración de cualquier modelo de telecapacidad, tal y como se propone en el presente artículo.

Es menester destacar que en Colombia, la protección de la población en condición de discapacidad ha sido consagrada con rango constitucional.² Así mismo, este Estado ha ratificado instrumentos internacionales que le imponen una serie de obligaciones. En primer lugar, ratificó el Convenio 159 de la OIT, el cual impone a los Estados la obligación de adoptar políticas sobre readaptación profesional y empleo de personas inválidas, de conformidad con sus condiciones y posibilidades. Posteriormente, ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre “Derechos de las Personas con Discapacidad”, la cual establece que el propósito del tratado es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” (United Nations Treaty Series, 2006).

Pese a que, la legislación colombiana no contempla de manera expresa la figura de la telediscapacidad, la Ley 1221 del 2008 incorpora una obligación para el Ministerio de Trabajo de formular una política pública que incorpore el teletrabajo a la población vulnerable, por ejemplo, las personas en situación de discapacidad.

² Constitución Política (Colombia: Asamblea Nacional Constituyente, 1991), artículo 47. “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

LA DISCAPACIDAD COMO ARMA DE GUERRA, LA TELECAPACIDAD COMO MEDIDA DE INCLUSIÓN Y REPARACIÓN

Desde una óptica militar, las minas antipersona (MAP) tienen una funcionalidad bélica, en razón a su efectividad por medio de la generación de efectos indiscriminados son considerados el soldado perfecto, cuyo uso está prohibido por el Derecho Internacional Humanitario (DIH).

La utilización de esta arma fue una constante en el conflicto armado colombiano. En primera medida, por parte de los grupos armados al margen de la ley, puesto que “de manera infortunada han primado los aspectos funcionales y prácticos, que convirtieron esta arma en uno de los principales elementos del arsenal de las guerrillas de las FARC y el ELN durante los últimos quince años” (Unicef, 2000). En segunda medida, fue hasta la ratificación de la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (aprobada el 18 de septiembre de 1997 en Ottawa, Canadá) que las MAP dejaron de ser un recurso bélico empleado por la Fuerza Pública, y en consecuencia se desminaron ciertos perímetros bélicos.

A diferencia de otras armas, la finalidad del empleo de las MAP, como instrumento bélico, no es producir la muerte del adversario, sino herirlo. Por esta razón, se ha concluido que la discapacidad se ha empleado como arma de guerra que genera daños físicos y morales, tanto en un sentido individual (es decir, aquellos causados a la víctima directa) como en uno colectivo (las víctimas indirectas: la familia y la sociedad) (Unicef, 2000, p.101).

Por lo general, los daños producidos en la corporalidad de la víctima sobreviviente transforman la caracterización del individuo a un sujeto en condición de discapacidad, es decir, aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (United Nations Treaty Series, 2006).

La estrecha relación entre la pobreza y la discapacidad, producto del denominado “ciclo intergeneracional” (Berghs, 2012, p. 40) fortalece la idea de que el empleo de la discapacidad como arma de guerra tiene devastadores efectos socioeconómicos que naturalmente inciden en la realidad del individuo y que requieren respuestas desde el derecho laboral. Más allá de la relación teórica entre pobreza y discapacidad, la realidad social evidencia que el 80% de las personas en condición de discapacidad del mundo no sólo viven en Estados con bajos ingresos, sino también en las zonas más marginales del respectivo Estado.

Específicamente, las encuestas realizadas a las víctimas de MAP en la esfera nacional reflejan importantes datos socioeconómicos. Al 30 de septiembre de 2018, se han registrado 11.621 víctimas de MAP o de munición sin explotar (MUSE) (Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersona, 2018),³ de las cuales el

³ Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersona, “Víctimas de Minas Antipersonal y Municiones sin Explosionar: 2018”, Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersona, Disponible en <http://www.accioncontraminas.gov.co/estadisticas/Paginas/victimas-minas-antipersonal.aspx>

De conformidad con el Observatorio Nacional de Discapacidad, a 30 de junio de 2018 hay 1 418.065 personas inscritas en el Registro para la Localización y Caracterización de Personas con Discapacidad (RLCPD). Cfr. Ministerio de Salud, “Registro para la Localización y Caracterización de Personas con Discapacidad: 2018”, Ministerio de Salud, Disponible en <https://www.minsalud.gov.co/proteccion-social/promocion-social/Discapacidad/Paginas/registro-localizacion.aspx>.

80% sobrevive y el 70% de este porcentaje pertenecen al estrato 1 y el 71% de las mismas están afiliadas al SISBEN. La mayor parte de las víctimas pertenece a la Fuerza Pública, mientras que el 39% de ellas corresponde a civiles, por su parte el 65% de los civiles son mayores de edad y sexo masculino, mientras que el 8% son mayores de edad de sexo femenino. Es decir que, se presume que el 73% de las víctimas civiles sobrevivientes del MAP son población económicamente activa (PEA).

Estas cifras reflejan la inmensa necesidad de emplear un enfoque de capacidades respecto a las personas en condición de discapacidad, y de forma más específica aquellas víctimas de MAP. El enfoque de capacidades se fundamenta en la premisa de que “lo que pueden conseguir positivamente los individuos depende de las oportunidades económicas, las libertades políticas, las fuerzas sociales y las posibilidades que les brindan la salud, la educación básica y el fomento y el cultivo de las iniciativas” (Sen, 2001, p. 21).

El enfoque de capacidades induce a la implementación de nuevos métodos por parte del mercado laboral, especialmente a través de la implementación de mecanismos contenidos en la legislación laboral colombiana. Precisamente, mediante esta óptica es que la figura del teletrabajo cobra un rol determinante en la inclusión socioeconómica por medio de la ampliación de las capacidades de este grupo de personas, pues las capacidades no se refieren únicamente al funcionamiento del cuerpo, sino a las oportunidades que alguien tiene de desarrollar su potencial en los distintos ámbitos de su vida.

La tele-discapacidad es una herramienta de exclusión de las barreras creadas por la condición de discapacidad o del mismo entorno discapacitante. Desde un sentido semántico, “el cambio de prefijo *dis* -por *tele*-, le da una connotación positiva al trabajo a distancia sobre algunos factores de exclusión de los mercados laborales tradicionales, como las barreras urbanísticas, arquitectónicas, de transporte y la discapacidad en sí misma, dejan de ser relevantes” (Bojarov, 2009, p.1). Por esta razón, a lo largo del presente trabajo se empleará el término “telecapacidad” en lugar de “telediscapacidad”.

La figura de telecapacidad surge como un componente de la reparación integral de las víctimas, ya que el proceso de inclusión de las mismas es un componente de la política pública de reparación integral. Precisamente porque en la mayoría de los casos, el acceso a un trabajo digno para las víctimas del MAP se obstaculiza por su condición socioeconómica y la situación de discapacidad.

Una de las características del teletrabajo es que es un “modelo organizacional diferente al tradicional que replantea las formas de comunicación interna de la organización y en consecuencia genera nuevos mecanismos de control y seguimiento a las tareas” (p. 12). Lo anterior, evidencia una flexibilización del modelo tradicional del mercado laboral, lo cual permite ajustar el empleo a sujetos de especial protección, como las víctimas del MAP y como lo es la población en condición de discapacidad derivado del conflicto armado, y no viceversa.

Bien podría argumentarse que la inclusión económica o la reparación integral no quedan satisfechas con la existencia de un régimen de pensión por invalidez. Sin embargo, la realidad de las víctimas evidencia que pese a que la Ley 1448 de 2011 creó un camino más expedito para la obtención de pensiones por discapacidad, la pensión se encuentra condicionada a que la Junta Regional de Calificación estime que el porcentaje de discapacidad es igual o superior al 50%, lo cual no es del todo preciso en razón a las discapacidades invisibles de las que son víctimas quienes sufrieron daños (p. 321), o incluso de quienes no cumplen los requisitos legales para obtener la mencionada pensión.

Adicionalmente, la telecapacidad tiene un componente reparatorio adicional a la pensión, en la medida que el proceso de inclusión económica requiere esencialmente la satisfacción de la “necesidad de que las víctimas sean reconocidas como personas útiles, que aún pueden seguir teniendo una vida productiva en la sociedad” (p. 324).

LA SITUACIÓN DE INCLUSIÓN LABORAL DE LOS DESMOVILIZADOS EN EL MARCO DEL POSCONFLICTO Y LA POSIBILIDAD DE IMPLEMENTACIÓN DEL TELETRABAJO COMO UNA ALTERNATIVA VIABLE

A lo largo del conflicto armado no internacional colombiano, el gobierno de Colombia fomentó diversos esfuerzos dirigidos a obtener la desmovilización de los integrantes de los grupos armados al margen de la ley, quienes posteriormente serían reinsertarlos a la vida civil. Desde el gobierno del General Gustavo Rojas Pinilla se realizaron esfuerzos por implementar políticas de desmovilización, y durante los periodos de Alberto Lleras Camargo, Belisario Betancur Cuartas y Virgilio Barco Vargas se pretendió estructurar sistemas de amnistías e indultos, con el fin de terminar con los conflictos armados con distintos grupos guerrilleros (Herrera, 2016, p. 44).

El intento de Virgilio Barco desembocó en la desmovilización de los miembros de otro grupo guerrillero: el M-19 (p.44) y en la posibilidad de que algunos de ellos participaran en política y, eventualmente, pertenecieran a las comisiones redactoras de la Constitución Política de 1991. Estos antecedentes demuestran que pese a la prolongación y escalamiento del conflicto armado colombiano, la desmovilización ha sido una prioridad para el gobierno que ha contado con antecedentes de negociación entre éste y las FARC, los cuales culminaron con la firma del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

Este acuerdo contiene algunas disposiciones en materia laboral que tienen como objeto beneficiar el trabajo rural. En el marco de la justicia transicional, teniendo en cuenta que deben ser aplicadas penas alternativas a las convencionales, quienes se acojan a dichas penas deberán comprometerse, independientemente de que reconozcan la verdad o no, a contribuir con su resocialización a través del trabajo, entre otros compromisos. Estas disposiciones resaltan el carácter del trabajo como un eje fundamental en el proceso de reinserción y de imposición de penas alternativas, y a su vez generan preocupaciones legítimas ante la preocupación de una posible reincidencia de quienes se desmovilizan.

Ante esta preocupación, el trabajo es la garantía fundamental para evitar la futura reincidencia de los excombatientes de la guerrilla en la medida en que en el marco de la reintegración el trabajo es “el medio a través del cual los individuos hacen su aporte productivo a la sociedad, adquieren nuevas habilidades, realizan su proyecto de vida, se relacionan con otras personas y obtienen recursos necesarios para asegurar el bienestar propio y el de sus familias” (García, 2015, p. 29). En efecto, la relación entre reintegración y trabajo destaca el carácter multidisciplinario del trabajador, quien pretende obtener beneficios económicos, así como personales en materia de estabilidad personal y familiar.

Precisamente, ha sido demostrado que la criminalidad y su respectiva reincidencia son inversamente proporcionales a la cantidad de oportunidades laborales, en este sentido, resulta más eficiente enfocar políticas públicas encaminadas a fo-

mentar la creación de empleo que políticas dirigidas a ofrecer beneficios monetarios directos (Gutiérrez, 2016, p. 44). Esto aunado al hecho de que existen más posibilidades de evitar la reincidencia con un entorno familiar fuerte y no con una red social compuesta por excombatientes, pues ahí crece la posibilidad de delinquir. Esta realidad refleja en esencia una de las grandes preocupaciones de un desmovilizado, pues si no puede encontrar un trabajo digno, más vale incurrir en el delito para asegurar su subsistencia (Gómez, 2007, p. 94).

Ahora, si bien la oportunidad de conseguir empleo para los desmovilizados es un elemento fundamental para obtener una paz estable y duradera existen impedimentos prácticos. En primer lugar, la prolongación de la guerra ha generado que los excombatientes no cuenten con la calificación suficiente para el adecuado desempeño de ciertas actividades laborales. Esta barrera puede ser superada mediante la tecnificación y aplicación de nuevas tecnologías en los procesos productivos, se ha opacado la necesidad de mano de obra poco calificada en las empresas (pp. 90-91)

En segundo lugar, existe un impedimento generalizado al temor o rechazo a incorporar al mercado laboral a desmovilizados, en efecto “no es fácil que la sociedad acoja sin recelo a tantos hombres y mujeres que han pasado su vida custodiando un arma, en especial si se considera que están siendo beneficiados con oportunidades productivas con mayor facilidad que los desempleados que han vivido en la legalidad” (p. 94).

En vista de estas problemática, el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) ha realizado esfuerzos importantes en conjunto con la Agencia para la Reincorporación y la Normalización (ARN), con el fin de capacitar técnicamente a los excombatientes del conflicto armado. Estas entidades han creado una iniciativa denominada “Modelo de Reintegración en Entornos de Formación Productiva”, la cual permite que los desmovilizados sean formados como avicultores y, desde ahí, puedan fomentar el emprendimiento y la creación de empresa (Sena, 2018).

La importancia de esta iniciativa es producto de los artículos 32 y 33 de la Ley 789 de 2002, los cuales imponen la obligación a determinadas empresas de contratar a practicantes del SENA, cuya cuota dependerá del tamaño de la empresa empleadora. Esto implica que los desmovilizados que acudan a las diversas iniciativas del SENA no sólo serán formados técnicamente, también serán practicantes de empresas públicas y privadas, superando así una importante barrera a su reinserción.

No cabe duda que todo apunta a que el Estado requiere de la incorporación de políticas públicas encaminadas a localizar como prioridad el trabajo para lograr una reinserción social completa y eficiente de los desmovilizados del conflicto armado y la consecuente obtención de una paz estable y duradera, en la cual el teletrabajo es una pieza fundamental de tales políticas públicas no sólo por su efecto colectivo de reinserción y paz, sino por los aportes personales a las víctimas de las MAP.

En el marco de las políticas públicas, se propone una reforma legislativa que además de incluir una cuota mínima de practicantes del SENA incorpore criterios objetivos y precisos para incluir una cuota obligatoria o voluntaria de desmovilizados a ser contratados por determinadas empresas. Esta reforma responde a la situación coyuntural del posconflicto y al reconocimiento de esta situación como una fuente material de derecho que requiere una respuesta fundada en la esencia del Estado Social de Derecho. Adicionalmente, esta reforma legislativa cuenta con un instrumentos legislativos existentes: el teletrabajo, el cual otorga mayor flexibilidad tanto al trabajador como al empleador en la toma de decisiones relevantes para el desempeño del cargo y la superación de las barreras intrínsecas a la reinserción y la

discapacidad (vgr. modalidad de realización de actividades laborales, capacitaciones, dotación de equipo, entre otros).

Esta propuesta legislativa debe ser armonizada con los derechos laborales mínimos que han sido reconocidos por la legislación colombiana y su respectivo desarrollo jurisprudencial. En esta medida, deben evitarse medidas que indirectamente atenten contra estos derechos, por ejemplo, la vinculación en masa de desmovilizados por medio de contratos de prestación de servicios, pues esto generaría inestabilidad laboral y económica. Sin perjuicio de lo anterior, la propuesta no es sinónimo de desigualdad en contra de la empresa, dados los beneficios de la figura del teletrabajo que serán abordados más adelante.

BARRERAS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA TELECAPACIDAD EN EL MARCO DEL ACUERDO DE PAZ ENTRE COLOMBIA Y LAS FARC

Indiscutiblemente, una de las principales barreras de las víctimas de MAP y de los desmovilizados en situación de discapacidad es la dificultad para obtener empleo. Independientemente del auto-reconocimiento de la víctima como persona en condición de discapacidad o de la identificación como tal por un entorno discapacitante, es evidente que el mercado laboral no se ha adaptado para recibir a este grupo de personas.

En general, las principales barreras del mercado laboral para las personas en condición de discapacidad, son:

- (i) las restricciones del espacio físico,
- (ii) la sensación de que la sociedad debe percibirlos con una discapacidad visible para reconocer la magnitud del daño (por ejemplo en casos de personas con prótesis),
- (iii) la ausencia de accesibilidad al espacio público, y medios de transporte público adaptados a sus necesidades,
- (iv) el crecimiento de entornos discapacitantes en razón a factores culturales y regionales,
- (v) el abandono estatal de zonas rurales en la inclusión socioeconómica. (pp.262-263).

Si bien, la telecapacidad es una herramienta idónea para superar estos obstáculos la implementación de esta figura trae consigo una serie de barreras en razón a sus características especiales, sobre todo el empleo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC's) por los trabajadores. A continuación, se explicarán las principales barreras en la implementación de la telecapacidad y se propondrán soluciones.

LA BRECHA TECNOLÓGICA

La definición de teletrabajo incorpora la necesaria inclusión de TIC's para su desarrollo, en la medida en que se universaliza y facilita la obtención de información de todo orden que hoy cómodamente puede encontrarse en la red y requiere más que nunca de la capacidad de discernir, valorar y calificar un volumen ingente de información, con una consecuente ciudadanía bien formada para ello (Corredoira y Sánchez, 2017, p. 43). Actualmente, incluso se ha iniciado el reconocimiento a un “derecho de acceso universal a internet” (p. 44) en razón a la brecha de pobreza tecnológica que se pretende erradicar, mediante acciones dirigidas por los Estados. Tales acciones deben incluir de manera integral el concepto de TIC's, las cuales involucran un conjunto compuesto por “infraestructura, dispositivos, contenidos y aplicaciones, y en consecuencia de su uso y apropiación efectivos para alcanzar las metas organizacionales” (p. 68).

La complejidad tecnológica del trabajo determina la calidad de las TIC's empleadas por cada organización. En este sentido, “no significa que deba contarse con lo más avanzado en equipos o programas,” pues “las necesidades de los teletrabajadores varían dependiendo de la frecuencia y el tipo de información que usan para desempeñar sus trabajos; en respuesta, las operaciones de infraestructura de tecnología asumen diferentes retos cuando se trata de implementar soluciones para el teletrabajo” (p.71).

En este sentido, el acervo de elementos que componen las TIC's requiere de una serie de etapas encaminadas a determinar los mecanismos idóneos, útiles, eficientes que requieran de menores recursos para la empresa. En ese orden de ideas, el Ministerio de Trabajo y el Ministerio de las TIC han provisto una variedad de soluciones tecnológicas para las empresas:

- Determinar las aplicaciones necesarias para el cumplimiento de las funciones específicas que respondan a las necesidades de la organización, por ejemplo, el seguimiento de tareas o la localización geográfica.
- Según las aplicaciones escogidas, identificar los dispositivos adecuados, según la necesidad del perfil del teletrabajador de telefonía, imagen y video, cómputo personal.⁴
- De acuerdo con los dispositivos seleccionados, escoger los medios de comunicación, por medio de la cual independientemente de la distancia entre el teletrabajador y el empleador se puede establecer una comunicación entre estos, mediante el uso de redes de transmisión fija (cable, radio o satelitales) o móvil (comunicación móvil 2G, 3G, o 4G), entre otras.
- Finalmente, esto determinará la infraestructura informática de la organización que realiza la operación de sistemas de información y el almacenamiento de los datos del negocio.

⁴ Op.cit.16, p. 79.

La problemática fundamental de la brecha tecnológica recae en la asignación de la responsabilidad de construir cada uno de los elementos anteriormente mencionados. En principio, el modelo tradicional ubica esta responsabilidad en cabeza de la organización que emplea en su política interna el teletrabajo. Precisamente, la Ley 1221 del 2008 establece que por regla general los empleadores deben proveer y garantizar el mantenimiento de los equipos de los teletrabajadores, conexiones, programas; así mismo, el valor de la energía y los desplazamientos ordenados por él, necesarios para el desempeño de las funciones.

Empero, el Código Sustantivo del Trabajo faculta a las partes de la relación laboral a pactar en contra de la obligación del empleador de proveer los instrumentos necesarios para la ejecución de las funciones laborales, pues el principio de la autonomía de las partes garantiza que sea el teletrabajador el encargado de aportar los elementos necesarios para el cumplimiento de las funciones del teletrabajo. Por tal razón, es “indispensable que esté pactado por las partes que el empleado será quien aportará estos elementos, o de lo contrario será la empresa quien suministre todas las herramientas necesarias para el trabajo”.

El *Libro Blanco* resalta que, “las necesidades tecnológicas dependen de la proyección de cada organización, y aunque se requieren algunas inversiones y cambios en plataformas, estas se revierten en productividad y optimización de los recursos tecnológicos de las organizaciones”. No obstante, el beneficio tecnológico, o incluso económico, no es evidente para algunas empresas lo cual ha conllevado a nuevas tendencias para reducir la inversión tecnológica, como la denominada “*Bring Your Own Device* (BYOD)”. Mediante el BYOD se emplean los recursos tecnológicos de propiedad del trabajador y se conectan mediante servidores virtuales de modelos de trabajo colaborativo.

La viabilidad de esta tendencia es directamente proporcional al acceso de la población a medios tecnológicos, y por consiguiente a su capacidad adquisitiva. Según las cifras anteriormente presentadas, los potenciales teletrabajadores son sujetos que en un gran porcentaje pertenecen al estrato uno y están afiliados al SISBEN. Debe resaltarse que el modelo de estratificación social colombiano, se fundamenta en las condiciones de la vivienda y no en los ingresos del hogar, por lo cual no en todos los casos la estratificación coincide con la capacidad adquisitiva. Sin embargo, la estratificación y la cifra de potenciales telecapacitados representan una barrera en la adquisición personal de dispositivos tecnológicos.

En lo que respecta a la infraestructura de la telecomunicación, la última cifra del MinTIC establece que el 77% de las personas de estrato uno tiene acceso a internet, sin embargo, la encuesta sólo se realizó con un 35% de población de zonas rurales (MinTic, 2014). Así mismo, el MinTIC ha afirmado que “la brecha digital no es impedimento para el teletrabajo” sobre la base de experiencias en zonas como Antioquia o la Guajira y del desarrollo “Plan Nacional de Fibra Óptica” (MinTic, 2014).

Lo anterior es problemático en la medida que, la mayor cantidad de víctimas de MAP se encuentran localizadas en zonas rurales.⁵ Se estima que el 84.7% del territorio nacional está compuesto por municipios en las categorías de “rural” y “rural disperso” (DDRS, 2018). Los departamentos con mayor número de víctimas civiles de MAP son Antioquia, Nariño, Meta, Cauca y Norte de Santander (Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersona, 2018). Los departamentos con ma-

⁵ Entiéndase por suelo rural aquel que no es apto para el uso urbano, o que su destinación corresponde a usos agrícolas, ganaderos, forestales, de explotación de recursos naturales y actividades análogas”. Cfr. Ley 388 de 1997 (Colombia: Congreso de la República, 1997), artículo 33.

yor número de víctimas mayores de dieciocho años son Antioquia, Meta, Caquetá, Norte de Santander y Nariño.⁶ gran parte de estos departamentos coincide con los departamentos catalogados como rurales o rurales dispersos.

En este orden de ideas, se evidencia que las cifras del MinTIC al desconocer parte importante de la población rural, la cual contiene las mayores víctimas civiles y mayores de edad (es decir, la PEA y simultáneamente potenciales telecapacitados), son inexactas y ponen en evidencia la existencia de una brecha tecnológica en la implementación de la telecapacidad.

Independientemente, de si se le otorga el beneficio de la duda a las cifras anteriormente presentadas es innegable que en razón al tamaño de la brecha de las TIC's, las empresas y mucho menos los telecapacitados, se encuentran en posición de asumir las carencias del sistema de tecnología e información requerido para el teletrabajo.

Actualmente, existen una serie de iniciativas nacionales para impulsar el teletrabajo (i) creación de un esquema de subsidios para internet en estratos, (ii) masificación de terminales para internet, (iii) reducción del IVA para internet, (iv) impulso al desarrollo de aplicaciones para MiPyMes, (v) promoción del uso y capacitación de TIC para personas en situación de discapacidad, (vi) promoción del desarrollo de infraestructura para zonas rurales, entre otros.

Así, pese a que existen mecanismos legales y de mercado, estos no son conocidos por la comunidad aspirante a teletrabajar (Boiarov, 2009). La socialización de los mecanismos existentes y la presión de nuevas herramientas deben ser realizadas por instituciones interesadas en el bienestar de los trabajadores y que posean la fuerza suficiente para hacerlo, por ejemplo, los sindicatos.

Históricamente, el importante rol de las organizaciones sindicales, surge con la práctica y se fortalece por las recomendaciones de la OIT (2011). Lo anterior ha conllevado a que la presión de las organizaciones sindicales en Estados como Argentina, el 45% de los empleados teletrabaje desde su casa al menos una vez a la semana. Por su parte, la Corte Constitucional colombiana declaró la exequibilidad condicionada del artículo 3 de la Ley 1221 del 2008, en razón a que el mencionado artículo no incluye a las organizaciones sindicales en la construcción de la Política Pública del Teletrabajo, configurando así una omisión legislativa.

En conclusión, la ausencia de claridad en las cifras no permite establecer con precisión la existencia y magnitud de la brecha digital. Sin embargo, se presume que la magnitud de la brecha aumenta en las zonas rurales que coinciden en gran medida con los departamentos que contienen mayor número de personas en condición de discapacidad producto de las MAP. Sin perjuicio de lo anterior, la iniciativa de las entidades estatales no excluye la responsabilidad de las empresas en la inversión de tecnología, en la medida que “el teletrabajo flexibiliza la inversión en materia de tecnología por cuanto puede contratarse de acuerdo al crecimiento del negocio”.

LA BRECHA EDUCATIVA

La problemática en el acceso a la educación en el marco del conflicto armado colombiano, supera la finalidad del presente artículo. En efecto, la continuidad de

⁶ Ibid.

esta problemática en el ámbito nacional trae como consecuencia que esta barrera se encuentre fortalecida en razón a las profundas y antiguas raíces del problema educativo en Colombia. Lo anterior, sin perjuicio de la íntima relación entre la educación y la condición de discapacidad, la cual “no sólo está relacionada con las limitaciones físicas o intelectuales, sino también con la dificultad, e incluso imposibilidad, de acceder a la educación, al mercado laboral y a los servicios públicos” (Boiarov, 2009, p. 20).

En cada cambio de gobierno, como sucede en otros Estados también, se han reabierto nuevos conflictos en el Estado Democrático y Social de Derecho respecto a la satisfacción del derecho a la educación para el pleno desarrollo de la personalidad y para la conversión del individuo en ciudadano (Salazar, 2016, pp. 451-478). A pesar de los avances, la educación, bandera de gobierno de todos los gobiernos, es aún hoy uno de los mayores desafíos y problemas que afrontan los colombianos.

Ahora bien, frente al posconflicto existen antecedentes relevantes respecto a las propuestas ante el desafío en la creación e implementación de políticas educativas. En la búsqueda de la *educación para todos*, el máximo órgano rector en materia educativa en el país, el Ministerio de Educación (MEN), “ha adelantado iniciativas en todos los niveles de formación, atendiendo las orientaciones de organismos internacionales como la Unesco” (Beltrán-Villamizar, 2015, p.71).

En efecto, el MEN desde el 2005 ha formulado lineamientos de estrategias y acciones focalizadas, procesos de educación inclusivos y política para la atención educativa a poblaciones vulnerables, en donde se ha determinado que deben tener atención prioritaria: “1) personas con discapacidad o con talentos excepcionales; 2) grupos étnicos (negros, afrocolombianos, raizales y palenqueros, indígenas y ROM); 3) población víctima del conflicto armado; 4) población desmovilizada en proceso de reinserción; y 5) población habitante de frontera” (p. 68). Es decir, existen políticas legislativas frente a las personas en situación de discapacidad y desmovilizados, grupo amplio de estudio de este artículo.

Sin embargo, los expertos, basados en estadísticas nacionales, evidencian que aún existen disparidades en la atención a los diferentes grupos poblacionales en materia educativa y que además se presentan otro tipo de barreras como lo son la alta tasa de deserción, entornos no adecuados para los requerimientos y retraso en las competencias que deberían adquirir en su etapa de formación (p.71).

Aunado a lo anterior, se debe destacar que las medidas educativas para las víctimas del conflicto armado deben responder a ciertas particularidades, a saber, un proceso educativo adecuado debe garantizar la independencia de la víctima para garantizar su futuro, mediante la dependencia de la asistencia puntual y la consolidación de proyectos productivos estables. En particular, la telecapacidad, implementada de forma adecuada, es una herramienta que se ajusta al criterio de asistencia puntual, en razón al control que realiza el empleador por medio de evaluación de resultados y el acompañamiento al teletrabajador mediante las TIC's; y de proyectos productivos estables, gracias a la flexibilización de los horarios y locaciones.

A nivel empresarial, la estrategia de educación puede requerir de dos pilares fundamentales: políticas internas y socialización. Frente a las primeras, se pueden incluir cláusulas inclusivas en la políticas organizacional, por ejemplo “(i) si para el puesto solicitado se presenta una persona con discapacidad se le dará preferencia en la selección, ante similar condición de idoneidad, (ii) Debe alentarse a los clientes a tomar un compromiso activo con la práctica de la diversidad y la inclusión en el mundo del trabajo, (iii) No discriminar a la persona con discapacidad en el mo-

mento de cubrir un puesto (iv) Favorecer la integración laboral de las personas con discapacidad (v) El 1% de la planta de personal de la empresa debe estar cubierto con personas con discapacidad” (p. 63).

Adicionalmente, un ámbito determinante de las políticas es identificar previamente cuáles son los cargos aptos para teletrabajar. Este análisis involucra un componente de recursos humanos, pues es importante considerar el perfil de las personas que desarrollarán las labores, quienes deben contar con competencias necesarias para un trabajo a distancia.

La aptitud de los potenciales telecapacitados, encuentra obstáculos cuando no existe la suficiente capacitación en el área en la que se aspira teletrabajar. De vuelta a las cifras de las víctimas de MAP, por ejemplo, el hecho de que la mayoría de ellas resida en zonas rurales implica que muchas de éstas desempeñen actividades propias de su zona, como por ejemplo actividades agropecuarias. Esto resulta problemático, cuando por regla general en Colombia, las actividades que se pueden realizar bajo la modalidad de telecapacidad esencialmente son los *call centers*.⁷

No existe una respuesta inmediata y definitiva a esta problemática. Una premisa básica de la implementación del teletrabajo, es que consiste de un proceso y no de una acción de ejecución inmediata. En este proceso, surgió el “Pacto por el Teletrabajo” como un “acuerdo de intención, propio de un memorando de entendimiento” suscrito entre el Ministerio del Trabajo, el Ministerio de TIC, entidades públicas y organizaciones privadas, cuyo objetivo es “generar un marco de cooperación para impulsar y masificar el Teletrabajo en Colombia”.

En el marco del Pacto, el Estado por medio de los ministerios previamente mencionados garantiza a las entidades y organizaciones afiliadas “acceso gratuito a programa nacional de capacitación en Teletrabajo”. Lo anterior, se relaciona con la propuesta empleada por España con el fin de superar las deficiencias de formación de los teletrabajadores “las empresas más avanzadas han puesto a disposición de sus empleados (teletrabajadores o no) aulas virtuales en su Intranet a través de las cuales los trabajadores pueden acceder a algún tipo de formación requerida para el puesto”.

Si bien, el Pacto por el Teletrabajo no es una propuesta totalmente satisfactoria, pues se limita a las entidades u organizaciones que voluntariamente se inscriban, logra ser un punto de encuentro entre algunos protagonistas de la implementación de la telecapacidad. Adicionalmente, en razón a que el derecho es una respuesta, y como tal es posterior, a las realidades sociales es probable que la capacitación del Pacto incluya en próximas ocasiones, temáticas de telecapacidad como medio de inclusión socioeconómica en el marco del momento coyuntural e histórico que afronta Colombia: el posconflicto.

LA BRECHA DEL DESEMPLEO

El aparente desinterés del sector de los empleadores en la contratación de personas en condición de discapacidad, más aún de personas víctimas de MAP o desmovili-

⁷ Otras tareas que podrían asumir son: mantenimiento de páginas web, elaboración de papers y documentos, telemarketing, telecobranzas, traducciones de lenguas extranjeras, actualización de listas de shopping on line, resolución de problemas con clientes, entre otros.

zados, no solo se desvirtúa mediante los beneficios económicos y sociales para las entidades u organizaciones, también se desvirtúa mediante los perjuicios para la sociedad.

Ahora, respecto a los beneficios de la telecapacidad, existen beneficios por emplear medios no convencionales como el teletrabajo y contratar a personas en situación de discapacidad. La empresa podrá obtener mayores ingresos y mayor crecimiento del negocio, en razón a menores costos asociados a la flexibilidad de la inversión en planta física, tecnológica y recursos humanos. A mayor demanda, hay un mayor crecimiento de la organización con inclusión de los teletrabajadores.

En cifras, los beneficios se evidencian en (i) un 23% de aumento en la productividad, (ii) un 18% de reducción de costos en la planta física, (iii) un 63% de reducción del ausentismo, (iv) un 25% de reducción de retiro voluntario de empleados, (v) y finalmente un 72% de preferencia de un empleo con trabajo móvil sobre otro.

Así mismo, los programas de responsabilidad social se ven beneficiadas en medidas como las siguientes “(i) reducción de la huella de carbono al evitar el desplazamiento de los trabajadores hacia la empresa, (ii) inclusión socio-laboral de población laboral gracias a las TIC, (iii) aporte al mejoramiento de la movilidad de las ciudades y reducción del tráfico asociado a las jornadas de trabajo (iv) aplicación de buenas prácticas laborales que contribuyen al mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores y a su desarrollo, con la integración de los últimos avances de la tecnología y nuevas formas de trabajar”.

La contratación de personas en condición de discapacidad garantiza “un alto índice de permanencia en el puesto de trabajo y un menor absentismo compensan con creces los temores de que es demasiado costoso atender las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo” (ONU, 2015).

En efecto, ante la pregunta de la posibilidad de contratar víctimas del conflicto armado, importantes empresas a nivel nacional han expresado una respuesta positiva. A manera de ejemplo, Carlos Raúl Yepes Jiménez, presidente del Grupo Bancolombia, indicó “somos unos convencidos de que el proceso de reconciliación, en el que queremos incursionar, tiene necesariamente que pasar por la reinserción y la reintegración. Ningún ciudadano colombiano puede ser ajeno, desde la actividad que desarrolle, a no considerar un proceso tan trascendental para la vida del país” (Revista Dinero, 2014).

Esto evidencia que “han sido exagerados los temores de que la contratación de personas con discapacidad añade importantes costos suplementarios para los empleadores”, más aún cuando en el ámbito nacional, el Estado colombiano ha implementado medidas tendientes a otorgar beneficios tributarios a aquellos empresarios que contraten a personas en condición de discapacidad, como lo demuestra el reciente Decreto 392 de 2018.

CONCLUSIONES

La implementación de la telecapacidad consiste en una serie de actividades interdisciplinarias que requieren una transición en los modelos tradicionales, porque el teletrabajo en sí es un modelo organizacional no convencional. Así mismo, se requiere una transición del modelo de responsabilidades legales a uno de respon-

sabilidades sociales en el marco de las capacidades de cada ente de la sociedad, la discusión debe trascender argumentos legales dirigidos a evadir la responsabilidad personal.

Así como un pilar esencial del teletrabajo es la voluntariedad de las partes de la relación laboral, un pilar fundamental de la implementación de la telecapacidad es la cooperación entre los diferentes actores sociales: (i) el Estado, como sujeto de derecho que ha asumido obligaciones internacionales; (ii) las empresas, las cuales tienen una responsabilidad social empresarial que se impulsa por los beneficios económicos intrínsecos al teletrabajo; (iii) los teletrabajadores, como protagonistas del enfoque de capacidades; (iv) las organizaciones sindicales, las cuales generan ambientes de inclusión mediante la socialización de políticas internas y la presión colectiva; (v) y finalmente la sociedad civil.

Existe evidencia cuantitativa y pragmática de que la brecha empresarial se sostiene en un paradigma sin fundamento, pues la implementación de telecapacidad tiene múltiples beneficios, y por el contrario la ausencia de contribución en la inclusión socioeconómica de víctimas del conflicto armado trae consigo consecuencias negativas para las mismas víctimas y la sociedad, que deben ser evaluadas si se busca la implementación real de los acuerdos de paz.

REFERENCIAS

1. Beltrán-Villamizar, Y. I. *et al.* (2015). El sistema educativo colombiano en el camino hacia la inclusión. Avances y retos. *Educación y Educadores*, (18)1. pp. 62-75.
2. Berghs, M. (2012). *War and Embodied Memory. Becoming disabled in Sierra Leone*. Londres: Ashgate.
3. Boiarov, S. *et al.* (2009). *Telecapacitados, teletrabajo para la inclusión laboral de personas con discapacidad*. Argentina: El Cid Editor.
4. C159: Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), (Organización Internacional del Trabajo, 1983, fecha de entrada en vigor: 20 junio 1985).
5. Centro Nacional de Memoria Histórica y Fundación Prolongar (2017). *La guerra escondida: minas antipersonal y remanentes explosivos en Colombia*. Bogotá: CNMH.
6. Código Sustantivo del Trabajo (Colombia: 1950).
7. Constitución Política (Colombia: Asamblea Nacional Constituyente, 1991).
8. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, United Nations Treaty Series, vol. 2515, 13 de diciembre de 2006.

9. Corredoira L. y Sánchez Ferriz, A. R. (2017). La compleja configuración de un derecho-libertad poliédrico, el derecho a la información. *UNED Revista de Derecho Político*, (99).
10. Decreto 392 del 26 de febrero de 2018 (Colombia: Departamento Nacional de Planeación, 2018).
11. Decreto 884 del 30 de abril de 2012 (Colombia: Ministerio del Trabajo. 2012).
12. Dirección de Desarrollo Rural Sostenible-DDRS Equipo de la Misión para la Transformación del Campo, “Definición de categorías de ruralidad”, Departamento Nacional de Planeación. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Economicos/2015ago6%20Documento%20de%20Ruralidad%20-%20DDRS-MTC.pdf>.
13. Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersona, Víctimas de Minas Antipersonal y Municiones sin Explosionar: 2018. Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersona, Recuperado de <http://www.accioncontraminas.gov.co/estadisticas/Paginas/victimas-minas-antipersonal.aspx>.
14. Ley 388 de 1997 (Colombia: Congreso de la República, 1997).
15. Fabregat, A. *et al.* (2002). Teletrabajo y salud: un nuevo reto para la Psicología. *Papeles del psicólogo*, (83). pp. 55-61.
16. García Hernández, A. M. (2015). El acceso al empleo para población en proceso de reintegración, ex AUC: Una estrategia para la eliminación de obstáculos para la paz. (Trabajo de grado para optar por el título de Magister en Derecho, Universidad Nacional de Colombia).
17. Gómez Meneses, A. M. (2007). Mercado de Trabajo y Paz en Colombia; una Lectura sobre el Proceso de Desmovilización de Actores Armados Ilegales. *Revista Facultad de Trabajo Social*, (23) 23.
18. Goytre Boza, J. L. (2013). Un ejemplo de empleo de personas con discapacidad por teletrabajo en España: Proyecto Discatel. *Revista Española de Discapacidad*, (1)1.
19. Gutiérrez Garay, D. (2016). Probabilidad de Reincidencia Criminal en Personas Vinculadas al Proceso de Reintegración Social en Bogotá (Trabajo de grado para optar por el título de Magister en Economía, Pontificia Universidad Javeriana, 2016).
20. Handicap International (2016). Broken Chair, la sculpture troublante et digne de la Place des Nations, Handicap International. Available from <http://broken-chair.com/wp-content/uploads/2016/04/Broken-Chair-2.pdf>

21. Herrera Contreras, J. A. (2016). Desmovilización en Colombia: un reto para un escenario de postconflicto. *Revista interamericana de Educación, Pedagogía y Estudios Culturales*. pp. 31-65.
22. Ley 1221 de 2008 (Colombia: Congreso de la República, 2008).
23. López, N. et al. (2014). Teletrabajo, un enfoque desde la perspectiva de la salud laboral. *Revista Medicina y seguridad en el trabajo*, (60)236.
24. Marrades, A. (2016). Los nuevos derechos sociales: el derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional. *Revista de Derecho Político*, (97).
25. Martínez-Cárdenas, B. et al. (2017). El teletrabajo: una nueva opción para la extensión de la licencia de la maternidad en Colombia. *Revista de Derecho de la Universidad del Norte de Barranquilla*, (48).
26. Ministerio de Salud, “Registro para la Localización y Caracterización de Personas con Discapacidad: 2018”, Ministerio de Salud. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/proteccion-social/promocion-social/Discapacidad/Paginas/registro-localizacion.aspx>.
27. Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y Ministerio del Trabajo, “Libro blanco del Teletrabajo”, Ministerio del Trabajo. Recuperado de http://www.teletrabajo.gov.co/622/articulos-8228_archivo_pdf_libro_blanco.pdf.
28. Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, “Informe del 5 de mayo de 2014”, Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, https://colombiatic.mintic.gov.co/679/articles-73981_recurso_1.pdf.
29. Oficina del Alto Comisionado para la Paz, “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera del 2016”, Oficina del Alto Comisionado para la Paz. Recuperado de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>.
30. Organización de Naciones Unidas (ONU). Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: ¿por qué una Convención? Organización de Naciones Unidas. Recuperado de <http://www.un.org/spanish/disabilities/convention/qanda.html>.
31. Organización Internacional del Trabajo (OIT). Manual de Buenas Prácticas en Teletrabajo. 29 de septiembre de 2011, Organización Internacional del Trabajo. Recuperado de https://www.ilo.org/buenosaires/publicaciones/WCMS_BAI_PUB_143/lang-es/index.htm.
32. Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2002). Convenio sobre

teletrabajo. *Revista de la Organización Internacional del Trabajo*, (44).

33. *Revista Dinero*, Los empresarios están dispuestos a contratar desmovilizados. *Revista Dinero*, Recuperado de <http://www.dinero.com/empresas/articulo/empleo-para-desmovilizados-empresas-colombianas/200755>.
34. Salazar Benítez, O. (2016). Educación diferenciada por razón de sexo y derecho a la educación. Sobre la inconstitucionalidad de la reforma del artículo 84.3 de la Ley Orgánica de Educación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (106).
35. Salazar C. y Baker P. (2007). El Teletrabajo como aporte a la inserción laboral de personas con discapacidad en Chile: Una gran carretera virtual por recorrer. *Revista Ciencia y Trabajo*, (9)24.
36. Sen, A. (2001). *Desarrollo y Libertad*. Bogotá: Planeta.
37. SENA (2018). Reinsertados se certifican con el SENA como operarios avícolas, SENA. Recuperado de <http://www.sena.edu.co/es-co/Noticias/Paginas/noticia.aspx?IdNoticia=3328>.
38. Sentencia C-351 del 19 de junio de 2013 (Colombia: Corte Constitucional en ponencia de Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2013).
39. United Nations International Children's Emergency Fund (UNICEF) (2000). The legacy of land-mines, unicef. Recuperado de <https://www.unicef.org/sowc96/9ldmines.htm>.
40. Vélez Villegas, J.D. (2013). El Teletrabajo: una forma de inclusión de las personas en situación de discapacidad al mundo laboral y la gestión de sus riesgos laborales. *Revista CES Derecho*, (4)1.

Democracia participativa como complemento de la democracia representativa

Participatory democracy as a complement to representative democracy

FRANCISCO HURTADO DELGADO*

CLAUDIA ITZEL GONZÁLEZ FUENTES**



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

los Comités / Año 2 Número 4 / julio-diciembre 2019 / pp. 168-185 / ISSN 2594-1356
Recepción: 10 de julio de 2019 / Aceptación: 11 de octubre de 2019

Resumen

El presente trabajo explica la distinción entre democracia participativa y democracia representativa y sugiere por qué dichos conceptos no se contraponen, sino que se complementan. Ello porque la democracia participativa pretende que los ciudadanos sean más activos en los asuntos públicos de su comunidad y con ello contribuyan a la consolidación de la democracia.

Palabras clave

Democracia representativa, democracia participativa, ciudadanía, poder político, participación ciudadana.

Abstract

This paper explains the distinction between participatory democracy and representative democracy and questionable because these concepts do not contradict each other, but complement each other. This is because participatory democracy aims to make citizens more active in the public affairs of their community and thereby contributes to the consolidation of democracy.

Key words

Representative democracy, participatory democracy, citizenship, political power, citizen participation.

*Doctor en Ciencias Políticas y Sociales. Abogado postulante, México. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5729-9515>. Correo electrónico: franciscohurtado@yahoo.com

**Licenciada en Derecho. Titular de la Unidad de Género del Tribunal Electoral del Estado de Morelos, México. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4039-6287>. Correo electrónico: claudiagonzalezfuentes@live.com

INTRODUCCIÓN

La democracia no es sólo un proceso electoral que está regulado por un sistema electoral, y garantizado por autoridades electorales que organizan y califican las elecciones cada determinado periodo en nuestro país. La democracia mexicana es representativa porque el poder que reside originalmente en el pueblo delega a algunos ciudadanos a través de las elecciones populares. La democracia en la región de América Latina y en el caso de México atraviesa por una crisis, porque el sistema no está funcionando, y eso repercute en la calidad de vida de los mexicanos.

Pero lejos de la idea de que el cambio está en el gobierno y la responsabilidad recae en los políticos, lo ciudadanos tenemos un compromiso con México, por eso debemos buscar la forma de participar activamente en las decisiones públicas.

Para fortalecer la democracia no basta con el ejercicio de la representación política, sino que se requiere de la participación activa de la ciudadanía en ejercicio de la democracia participativa. En este trabajo se pretende definir a la democracia participativa y explicar por qué es un complemento de la representación.

DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y PARTICIPATIVA

La percepción que tienen los ciudadanos de la democracia representativa en la actualidad es que quienes gobiernan sólo atienden los intereses particulares de sus partidos o intereses privados, sufrimos diariamente con la situación de corrupción, violencia y pobreza que enfrenta México y tendemos a despreocuparnos por aportar algo en la transformación de la sociedad.

A pesar de que no es una opinión *sui generis*, el papel del ciudadano en la vida política se ve reducido sólo al del elector que tacha en la boleta el día de la jornada electoral para elegir a sus representantes de entre las distintas opciones partidistas o independientes y considera que con ello ha cumplido con su actividad en ejercicio de la ciudadanía. Bajo esta idea, una vez concluido el proceso electoral, se considera que los representantes populares son los encargados de resolver los asuntos públicos, bajo el escrutinio ciudadano. Entonces, no se analiza si la trascendencia de la democracia representativa consiste sólo en ejercer el voto o si es una tarea constante de quienes tenemos la calidad de ciudadanos.

En este sentido, Norberto Bobbio (1996) describe que el representante político no es un delegado que representa intereses particulares de los ciudadanos en una circunscripción determinada, sino que más bien es un fiduciario que se sienta en el parlamento para discutir con otros representantes, a la vista de los intereses de la entera nación, y, por tanto, sin vínculo de mandato (Cuono, 2013, pp. 165-166).

Una de las premisas de la democracia, expresada en las constituciones, es la concesión de un poder limitado a quienes ejercen la representación política, porque quien gobierna, debe respetar la dignidad y los derechos de cada ciudadano. Un gobernante que es elegido por la mayoría no puede ejercer el poder arbitrariamente por que la Constitución establece límites, así se respeta a la mayoría y se protege a la minoría, por lo cual, como principio central, ninguna persona puede ejercer el poder concentrado (IIDH, TEPJF, 2017, pp.251-252).

Ahora bien, para abordar el concepto de democracia representativa se debe recordar la democracia directa, por ejemplo, la ateniense como un concepto opuesto. En la democracia antigua la relación entre los gobernantes y los gobernados era más estrecha, la diferencia con la democracia indirecta o representativa es que el pueblo participaba activamente en el ejercicio del poder público.

El velar por los intereses de sociedades que no son homogéneas es una tarea que resulta complicada, para la capacidad intelectual o experiencia en la administración pública de tal o cual representante, y porque muchas veces se piensa en la democracia representativa como una responsabilidad de mejorar las condiciones de vida de una comunidad sólo de las personas electas por el voto popular.

La democracia además de la representación, también vela por los derechos de las personas, de hecho, los movimientos sociales que han repercutido en los caminos hacia la democratización exigieron el reconocimiento y estándares mínimos de derechos humanos. Robert Dahl introdujo el concepto de poliarquía para definir al sistema electoral como un mecanismo para obtención y ejercicio del poder, refirió en su trabajo el modelo del partido hegemónico de México, y en este sentido expuso razones para pensar que la transformación de un régimen con estas características en uno más competitivo o en una poliarquía producía consecuencias significativas: libertades de corte liberal clásico como libertad de oponerse al gobierno, para asociarse, libertad de expresión y libertad de sufragio, así como la participación abierta y la competencia política (Dahl, 1989, pp. 28-31).

Es importante referir la transición democrática del caso mexicano desde el sistema de un solo partido que tenía acceso efectivo hacia el poder, hacia la apertura a la competencia electoral y la pluralidad política, porque es durante este periodo en el cual las reformas electorales construyeron un sistema electoral que garantiza los derechos políticos de los ciudadanos y regula la competencia entre partidos políticos, incluso con la creación de un modelo de comunicación política. Puesto que es en este periodo en donde se cristalizan las reglas de la verdadera democracia representativa en México.

Dahl, equipara el término de poliarquía con la democracia moderna o democracia representativa, característica del siglo xx, para él existe poliarquía cuando:

1. Los funcionarios son electos.
2. Se realizan elecciones libres e imparciales.
3. Existe sufragio universal.
4. El derecho a ocupar cargos públicos es amplio.
5. Existe libertad de expresión.
6. Se cuenta con acceso a diversas fuentes de información.
7. Existe libertad y autonomía para asociarse (Dahl, 1991, p. 267).

Los anteriores elementos componen el sistema democrático actual, en el caso de la representación política en oposición a la democracia directa como los aproximadamente 130 millones de habitantes en México no pueden gobernar, delegan a través del ejercicio del poder mediante el voto popular a representantes e instituciones para que se hagan cargo de los temas de interés público. La representación política ejerce el poder delegado del pueblo coordinado por el Estado, pero siempre en atención a las necesidades del pueblo, esto se convierte en consecuencia en un deber ser de la democracia.

Ahora bien, en la tercera ola de la democracia, que inició en el mundo a partir de los años noventa, varios países llevaron a cabo procesos de liberalización, con la idea de eliminar los gobiernos autoritarios y mejorar la calidad de vida de las personas, después de ello, a finales del siglo XX comenzaron las ideas en torno a la democracia como la obligación de rendir cuentas de quienes gobiernan y transparentar el ejercicio del poder en lo que se denomina *accountability*.

En la actualidad, la democracia representativa se enfrenta a retos como la corrupción de los funcionarios políticos y el cuestionamiento de la sociedad hacia estos, por ello en los últimos años se habla de una crisis o descontento con la democracia.

La democracia participativa busca ampliar las formas de decidir de los ciudadanos, creando mecanismos innovadores encaminados a incluir a la ciudadanía en la discusión de los asuntos públicos (IIDH, TEPJF, 2017, pp. 251-252).

Este concepto demanda una mayor participación política de la ciudadanía en la toma de decisiones públicas que atañen a su comunidad. En este tipo de democracia la ciudadanía no sólo se refiere exclusivamente al referéndum como único método de participación, sino a formas como el plebiscito o asambleas comunitarias.

Un problema que surge, es que puede confundirse el concepto de democracia directa con el de democracia participativa; sin embargo, mientras en la primera son los ciudadanos quienes directamente toman decisiones públicas como el caso de la democracia ateniense, la democracia participativa no se opone a que se delegue el poder del pueblo y exista representación, sino que surge como un complemento de esta última como se expondrá más adelante.

La distinción entre democracia directa y democracia participativa se explica de la siguiente forma:

La democracia participativa involucra la intervención de los ciudadanos, en forma individual u organizada, en los procesos de toma de decisión de la gestión pública. Implica deliberación y negociación, además de consulta y presupone un resultado abierto. Se le suele diferenciar de la democracia directa que comprende mecanismos que implican fundamentalmente la consulta a los individuos, mediante el voto, para aprobar o rechazar una propuesta que puede ser iniciada por los ciudadanos, pero una vez sometida a votación no admite soluciones intermedias (Lissidini, en Mariel y Reyna, 2014, p. 41).

Asimismo, resulta oportuno señalar que la democracia participativa se refiere a una ampliación de las decisiones ciudadanas a través de mecanismos participativos que unen a la ciudadanía con el gobierno, ya que, si bien estas formas amplían la participación política, al fin de cuentas serán ratificados por el sistema de gobierno representativo, ya que de otro modo no tendrían algún efecto (de la Garza, 2018, p. 47).

Algunos autores han entendido a la democracia participativa más allá de los mecanismos como el plebiscito y el referéndum, porque como lo señala de la Garza, busca someter a los representantes populares “a un mayor control por medio de mecanismos como la revocación de mandato y la rendición de cuentas, pero sobre todo colocando a la ética y a la política en un mismo plano” (2018, p. 82).

Un ejemplo de democracia participativa son los usos y costumbres que resultan importantes en el plano de la política por los valores participativos que han permanecido a lo largo de los años en nuestro país. Por ello, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha reconocido a los usos y costumbres como una institución que se basa en la democracia participativa, pero que al mismo tiempo se adapta a los preceptos de la Constitución Política (de la Garza, 2018, p. 32).

El Tribunal Electoral ha señalado que es una obligación del Estado promover la democracia participativa indígena, para garantizar sus derechos entre los que destacan el derecho a la participación política, a la igualdad en el acceso de las funciones públicas, intervención en asuntos públicos y en la toma de decisiones (Tesis XLI/2015). Podemos aprender de la experiencia de los pueblos y comunidades que se rigen por usos y costumbres, de sus principios en los que se destaca su compromiso por participar activamente en los asuntos de su comunidad y para conservar su cultura y defender su cosmovisión del mundo.

El concepto de democracia participativa se ha usado también de forma similar con el de democracia deliberativa o democracia radical (IIDH, TEPJF, 2017, p. 282), todos ellos otorgan mayor centralidad a la ciudadanía, sin embargo, existen diferencias en sus conceptos.

La democracia *deliberativa* se centra en la deliberación en el proceso de formación de la opinión pública para incrementar el capital social y político y con relativa independencia de su incidencia directa en la definición de políticas. En esta democracia se promueve la deliberación de grupos pequeños de personas, la democracia participativa incluye estos mecanismos y otros (Fishkin en IIDH, TEPJF, 2017, p. 282) Por su parte, la democracia radical se propagó relacionada con la organización política de movimientos indígenas y trasciende las instituciones de participación para centrarse en los actores y procesos de lucha por la ampliación de la democracia (IIDH, TEPJF, 2017, p. 282).

La democracia participativa se manifiesta en distintas formas de participación con un mismo ideal que los ciudadanos deben ser más activos, informados y racionales no sólo para elegir a quienes los representarán, sino también para participar en la toma de decisiones, esto se logra a través de una mejor educación, cultura política e incluso en debates públicos que permitan discutir las distintas opciones (Rodríguez, 2015, p.53).

Touriane (en Rodríguez, 2015, p. 54) define la democracia participativa como “la penetración de un mayor número de actores que se inmiscuyen en problemas sociales, individuales y colectivos para una mejora en la toma de decisiones”. Para el sociólogo francés las condiciones básicas que deben darse son: “la libertad de los individuos para elegir a sus gobernantes e elecciones periódicas, y además complementarse con tres dimensiones, el respeto a los derechos fundamentales, que los individuos se sientan ciudadanos y la representatividad de los dirigentes” (Rodríguez, 2015, p. 54).

No basta la legitimación del poder político y el control de las decisiones de los gobernantes, porque la democracia es también una forma de transformar a la sociedad para lograr los objetivos propios de la democracia, y es más que un sistema político; ya lo establece nuestra Constitución y es apuntado por Mcpherson (1987,

p.15), cuando afirma que esta forma de gobierno se ha entendido como una calidad que impregna toda la vida y todo el funcionamiento de una comunidad; todo el conjunto de relaciones recíprocas entre la gente que constituye la nación o la unidad de que se trate.

Son diversos los cuestionamientos hacia la democracia representativa en los cuales a través de medios de comunicación y el ánimo de los ciudadanos se da cuenta del descontento con el sistema político y en general con el gobierno. La consolidación de la democracia representativa debería acompañarse de otros mecanismos como la democracia participativa. Se debe ir más allá de las formas tradicionales de participación política a través del sufragio. No se trata de desconocer la fórmula institucional de los procesos de elección popular, sino complementar la democracia representativa, en la que son los ciudadanos quienes se apropian del espacio público y expresan sus necesidades.

En los países de América Latina la transición a la democracia es reciente, como se ha mencionado en el caso mexicano esta transformación aparece durante los años noventa, el proceso de liberalización en nuestro país comenzó con la creación de instituciones especializadas en materia electoral y con el fortalecimiento de un sistema que protege más los derechos políticos y reglas que propician la competencia pluralista por el poder público.

A pesar de estos cambios, en la región existe un profundo desencanto con los resultados de la democracia electoral en especial en términos sociales, funcionamiento del gobierno e inclusión en la política. La democracia representativa por sí misma no genera todas las condiciones que logren equidad, ni ha propiciado la disminución de la desigualdad social en términos de pobreza, y en el acceso de las personas a una calidad de vida digna.

Por ello, la democracia participativa surge como respuesta a las características elitistas y excluyentes de las democracias electorales y las teorías que fundan esta comprensión limitada y limitante de las mismas, según Dagnino, Olvera y Panchifi, además estos autores refieren que:

La democracia participativa se fundamenta en la ampliación del concepto de ciudadanía y de la liberación en espacios públicos, de lo que se deriva una noción de democracia como sistema articulado de instancias de intervención ciudadana en las decisiones que les conciernen y en la vigilancia del ejercicio del gobierno (en Peralta, 2014, p. 38).

En la puesta en marcha de la democracia participativa surgen diferentes tipos de espacios que dan cuenta de modalidades informativas, gestión pública, debates, toma conjunta de decisiones, y diversos modos de vigilancia o supervisión de acciones públicas y políticas de gobierno, en los cuales participan de forma activa y consiente los ciudadanos, sin que ello implique pérdida de autonomía (Peralta, 2014, p. 39).

En México existen esquemas de participación que están diseñados para legitimar el poder público de quienes ejercen la representación política, permiten o posibilitan la opinión, pero no existe obligación de que esta sea tomada en cuenta para definir o modificar una acción o política relevante, esta participación limitada sirve para refrendar a la vista de los ciudadanos las decisiones de quienes ejercen el poder.

Se puede entender que la finalidad de la democracia participativa es ayudar a eliminar los defectos de la democracia representativa y dar la oportunidad de decidir a los ciudadanos para que colaboren a mejorar la calidad de vida de la

sociedad, lo que se busca no es dejar de lado la representación política sino reforzarla con la participación activa de la ciudadanía, por ello en el siguiente apartado se pretende sustentar porque la representación y participación van de la mano, a través del pensamiento del filósofo Enrique Dussel.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y REPRESENTATIVA NO SON CONCEPTOS ANTAGÓNICOS

Enrique Dussel afirma que la democracia participativa está articulada con la democracia representativa. Señala que por lo general se piensa que hay ciertos términos antagónicos, contradictorios como:

1. Democracia participativa vs. Democracia representativa
2. Fortalecimiento del Estado vs. Disolución del Estado
3. Democracia vs. Liderazgo político (2012, p. 17).

Pero para desmentir las contradicciones anteriores, específicamente en la democracia participativa vs. representativa, su tesis estriba en lo siguiente:

La representación se institucionaliza como *delegación*; la participación se ejerce en acto y puede *institucionalizarse*. Hay entonces también un *potestas* participativa. La función *representativa* es el gobierno, es decir, la realización de *contenidos* (momento *material*); la *participación* es *propositiva* (da a conocer y exige el cumplimiento de las necesidades o demandas), y, además, es *fiscalizadora* (*vigila* como un panóptico, *castiga* o reconoce y premia a los méritos) (momento *formal* de legitimación).

Los *partidos políticos* son mediaciones institucionales religadas a la *representación*; la *participación* se origina en el bien jurídico del *sentido común* ciudadano y no se identifica con los partidos (es *anterior* a ellos y mucho más que ellos).

La *participación crítica* institucionalizada, no necesita el partido (aunque no lo niega por principio), ya que es el *movimiento* la mediación para la crítica, la transformación y la fiscalización de las instituciones de la representación (y del Estado) (Dussel, 2012, pp. 18-19).

Dussel considera que la democracia participativa es anterior a la democracia representativa porque la participación es la esencia del ejercicio del poder, anterior a toda delegación que denomina potestas. Explica el por qué se ha entendido que la representación y la participación son conceptos que se contraponen, atendiendo a que la Modernidad propuso una democracia representativa, manipulada por la burguesía, pero se cuidó mucho de ir dando participación al pueblo mismo urbano,

obrero o campesino, a la mujer, y a otros sectores de la sociedad civil dominados, y si le fue concediendo derechos de alguna participación lo hizo de tal manera que los mecanismos de la representación le permitiera ejercer un proyecto hegemónico, que siempre colocaba a su favor. Lo anterior originó que todos los movimientos que se oponían al régimen tuvieran tintes anarquistas, en tanto se entendió que el gobierno adecuado y justo del pueblo era la democracia participativa directa contra la representación de la clase burguesa, así nació la falsa antinomia entre ambos conceptos (2012, p.19).

Para Dussel, “ambos conceptos tomados como posiciones son insuficientes, siendo la aparente oposición una falsa contradicción, porque se trata de dos términos de una relación que se co-determinan y que por ello cada una exige a la otra” (2012, p. 20). En este sentido estima que no existe una contradicción entre participación y representación, sino que “se trata de dos momentos que se necesitan mutuamente para una definición mínima y suficiente de democracia” (2012, p. 20), exponiendo dos ideas centrales:

- La primera es que la democracia unilateral representativa liberal ha culminado con lo que él llama el fetichismo monopólico de los partidos políticos que corrompen el poder representativo delegado del Estado.
- Por otro lado, el ideal de una plena democracia participativa nunca ha llegado a institucionalizarse por las posiciones anarquistas extremas que tiene probada su imposibilidad fáctica, refiriendo a un gobierno que se basa sólo en una comunidad de democracia directa en asambleas permanentes (2012, p. 20).

El filósofo refiere que es necesario repensar la descripción misma del poder y encontrar en todos los niveles el camino que vitaliza su ejercicio: la participación y la representación. Asimismo, que los medios de comunicación pueden democratizarse por medio de la participación de las diversas instituciones de la sociedad civil y política, con la creación y uso de los medios electrónicos de comunicación, creando redes radiales, televisivas, electrónicas, de información, debate, estudio y de organismos de acción social, cultural, universitario, etc. (2012, p.34).

Dussel propone un ejercicio democrático, representativo y participativo con liderazgo político, considera que el ejercicio de la democracia en especial la participativa, “exige una cultura del pueblo” (2012, p. 49), distingue el caso de los pueblos originarios que están acostumbrados al ejercicio comunitario, en cambio cuando los oprimidos o excluidos no han tenido históricamente costumbres comunitarias, la democracia no alcanza inmediatamente sus objetivos.

Consideramos oportunas las ideas de Enrique Dussel, porque apuesta por una democracia participativa que complementa a la representación política, más no que la desconoce o la elimina.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: EL COMPLEMENTO DE LA REPRESENTACIÓN

En nuestro país, la limitada experiencia nacional en materia de democracia participativa ha conducido a que se confunda la noción de participación ciudadana con las formas de democracia directa como el referéndum, el plebiscito y la iniciativa popular, estas formas de la democracia abren un espacio a la expresión de preferencias de los ciudadanos, pero dado su carácter excepcional, sólo pueden ser utilizadas en condiciones políticas muy específicas y rara vez pueden ser utilizadas realmente (Olvera, 2009, p. 3).

La existencia de la democracia representativa no impide la adopción de mecanismos de la democracia participativa, como el referéndum, el plebiscito, la consulta popular, entre otros, a fin de conocer la opinión directa de la ciudadanía a través de una votación general, porque una democracia integral requiere el complemento de los instrumentos de la democracia directa y representativa (Orozco y Silva, 2002, p. 600).

Estamos inmersos en la democracia representativa, sabemos de sus instituciones y sus efectos en el ejercicio del poder político, nos sentimos insatisfechos con todo que tiene que ver con la política, el poder y el gobierno, cuestionamos su efectividad en la construcción de la paz social y de una mejor calidad de vida para todos.

La democracia participativa implica la participación cotidiana del ciudadano en las decisiones y en la ejecución de estas que atañen su vida en sociedad, mientras que en la democracia representativa la ciudadanía deposita el poder de elección de gobernantes a través del sufragio cada tres o seis años, en la democracia participativa el ciudadano conserva y ejerce cotidianamente su capacidad de decisión.

En la llamada democracia electoral, el ciudadano reconoce al Estado y al gobierno como una entidad alejada de él, como una forma de organización política que existía con anterioridad a su nacimiento como persona y que existirá después de su muerte, por el contrario, en la democracia participativa el Estado en acción, respeta la soberanía popular, es un gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. La democracia participativa convierte la diferencia entre Estado y sociedad en una identidad, en la medida en que la sociedad participa más, su identidad con el Estado es más intensa (Olmedo, 2003, en Suárez-Iñiguez, p.69).

La democracia participativa es un reclamo creciente de la sociedad en el proceso de toma de decisiones, en especial en lo que afecta la vida diaria del ciudadano dentro del ámbito local para mejorar las condiciones materiales y culturales de la familia y la comunidad (Olmedo en Suárez-Iñiguez, p. 69).

Este tipo de democracia implica no sólo la actitud individual del ciudadano sino la organización de la colectividad para alcanzar finalidades concretas: mayor seguridad, mejores servicios públicos, mayor producción y mejor nivel de vida. La experiencia ha demostrado que los ciudadanos organizados son capaces de resolver por sí mismos muchos de los problemas que atañen a su vida familiar y a su comunidad inmediata (Olmedo en Suárez-Iñiguez, pp. 69-70).

La democracia participativa es el poder del pueblo a través de la participación organizada de sus miembros, en la actualidad la democracia representativa y la democracia participativa no se excluyen, sino que se complementan, pero se rigen por principios distintos, la democracia participativa se expresa de varias formas; el

referéndum y el plebiscito hasta el trabajo no remunerado de los miembros de la comunidad en distintas tareas (Olmedo en Suárez-Iñíguez, p.70).

EJERCICIOS DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Existen algunos instrumentos de la democracia participativa como el referéndum, el plebiscito, la asamblea popular, la iniciativa popular, revocación del mandato y el voto electrónico. A continuación, mencionaremos de forma muy breve en qué consisten cada uno de ellos.

REFERÉNDUM

Es un mecanismo de votación y consulta ciudadana que se verifica regularmente y que es objeto de disciplina constitucional en torno a la aprobación o rechazo referente a la creación, modificación, derogación o abrogación de leyes, esta figura permite que el elector comparta de manera complementaria la facultad legislativa del Congreso, tradicionalmente esta figura no se encuentra en la tradición constitucional mexicana, pero la Ciudad de México sí lo regula en sus ordenamientos locales.

El referéndum puede clasificarse, según su tipo, de la siguiente forma: 1) por sus efectos puede ser constitutivo, modificativo o abrogativo, es decir, constituyente (para aprobar una constitución) o constitucional (para modificar la Carta magna); 2) por su naturaleza jurídica es obligatorio o facultativo; y, 3) por su origen es popular, gubernativo o presidencial, parlamentario, estatal y regional (SEGOB, *referéndum*).

PLEBISCITO

El plebiscito es un mecanismo de participación ciudadana que sirve como instrumento de consulta directa a los votantes sobre algún asunto de excepcional importancia en la vida colectiva que, por comprometer el destino nacional, requiere el expreso consentimiento de los ciudadanos, también puede considerarse como una votación general para conocer la opinión de la ciudadanía. Este se aplica a actos de gobierno-administrativos, no de carácter legislativo.

En nuestro país, está contemplado por algunas leyes locales, las materias de consulta se circunscriben al marco legal particular de cada entidad. Entre algunas de las materias no válidas de consulta se encuentran la exclusión explícita de actos y decisiones de titulares o representantes del gobierno; cuestiones fiscales, tributarias, del erario; materias reservadas a la federación, entre otras (SEGOB, *referéndum*).

ASAMBLEA POPULAR

Estas formas de participación se llevan a cabo en comunidades con una población pequeña. Zimmerman expone el siguiente concepto:

La asamblea popular abierta se lleva a cabo cuando se emite una circular con una agenda fija, en este caso la agenda es elaborada por la mesa directiva en turno en la asamblea, tomando las peticiones de la ciudadanía para elaborarla. Primero hay que decir que la mesa directiva es nombrada por una votación dentro de la comunidad y la duración relativa de esta mesa directiva no debe ser muy amplia, tal vez podría ser de un mes o tal vez dos (1992, p.32).

Las asambleas populares reúnen a ciudadanos en torno a cuestiones esenciales de su realidad social y política, por lo general son espacios auto organizados, instalados a nivel local, nacional o regional, tienen como particularidad la de permitir mecanismos de diálogo y de deliberación directa entre los participantes, basándose en una filosofía previa de consenso, igualdad de participación y expresión (Diccionario del poder Mundial, *asamblea popular*).

INICIATIVA POPULAR

Este mecanismo de participación en el cual los ciudadanos tienen el derecho para presentar propuestas de Ley ante los órganos legislativos. Pueden ser clasificadas en constitucionales y legislativas, ya sea porque modifican los textos de nuestra Carta Magna, o bien porque modifican, derogan o crean leyes secundarias. Se pueden clasificar en simples o formuladas. Las primeras son una petición ciudadana de legislación al Poder Legislativo sobre algún tema en particular; y las segundas se refieren a los proyectos de ley elaborados y promovidos directamente por la ciudadanía.

La iniciativa popular tiene su origen en Suiza y ha sido acogida por algunas constituciones europeas y latinoamericanas, con mayores o menores restricciones en cuanto a las materias sobre las que puede versar y al número de ciudadanos que deben respaldarla (Diccionario del poder Mundial, *iniciativa ciudadana*).

El caso de Suiza es emblemático de este tipo de participación ciudadana, y tiene una función importante en una democracia directa como la de ese país, en la cual los ciudadanos tienen la opción de someter a votación popular cualquier cuestión por revolucionaria que sea (Schmid, Gossenreiter *et al.*, 2018) como aquella que pretendía animar a los ganaderos a mantener la cornamenta de las vacas (Vuillemier, 2018).

En nuestro país, la figura está contemplada en el artículo 35, fracción VII, de la Constitución Política, es el proyecto de Ley presentado por el equivalente al 0.13% de la lista nominal de electores para crear, reformar, adicionar, derogar o abrogar disposiciones constitucionales o legales. También es conocida como Iniciativa Popular y se le considera como un mecanismo de la democracia directa a través del cual se confiere a los ciudadanos el derecho de hacer propuestas de ley al Poder Legislativo.

REVOCACIÓN DEL MANDATO

En el ámbito constitucional, el mandato es un instrumento institucionalizado, cuya finalidad se orienta a la participación indirecta de los ciudadanos en los asuntos pú-

blicos, es un procedimiento a través del cual los electores de manera directa pueden destituir a un funcionario electo con anterioridad a la culminación de su mandato (IIDH, TEPJF, 2017, p. 984).

La revocatoria de mandato es una figura propia de la democracia directa, e incluye dos grandes fases: la activación en la que la ciudadanía mediante sus firmas solicita la puesta en marcha del procedimiento, y la aprobación, en la que se consulta al funcionario electo, esta revocatoria puede aplicarse a funcionarios que ocupan cargos en las ramas ejecutiva o legislativa, en los ámbitos nacional, regional, estatal, provincial o municipal (IIDH, TEPJF, 2017, p. 984). En México algunos estados de la República contemplan la figura como una facultad de los ciudadanos en ejercicio de sus derechos políticos, y en otros como una facultad del Congreso.

VOTO ELECTRÓNICO

Sartori (1997, p. 155) ya hablaba de la posibilidad de implementar el voto electrónico en la *Teoría de la Democracia*, en donde cada ciudadano tendría una terminal de video en la que se presentarían los problemas, así como las propuestas de solución, con una periodicidad en la cual los electores con un botón elegirían el sí, el no, y la abstención.

En términos generales, se pretende con la implementación de este mecanismo agilizar el proceso de votación, dar seguridad a la recepción del voto de los electores, disminuir las posibilidades de fraude electoral en las urnas e incrementar la transparencia del proceso electoral (IIDH, TEPJF, 2017, p.1180).

En general se entiende por voto electrónico la capacidad de que un elector pueda votar desde su casa en su equipo de cómputo o cualquier otra opción tecnológica con un acceso a Internet sin tener que desplazarse hasta una casilla.

Existen opiniones encontradas sobre la utilidad o conveniencia de la votación a través de medios electrónicos, Thompson y González (en IIDH, TEPJF, 2017, pp.1185-1186) las enlistan en relación el costo y los recursos financieros para implementar el voto, la posible vulnerabilidad del sistema debido a los *hackers*, la posible inadaptación del marco normativo y las dificultades de su implantación en tanto los electores deberían adaptarse a este sistema de elección.

En nuestro país la implementación de este tipo de participación ciudadana requiere de una infraestructura institucional y técnica que garantice que todos los electores tendrán acceso a un equipo electrónico para llevar a cabo la votación a través de estos medios.

En síntesis, estos mecanismos de la democracia participativa apuntan a una modernización de los sistemas políticos electorales, la realidad es que sí necesitamos de nuevos mecanismos de participación ciudadana que complementen a la representación política. Las nuevas tecnologías de la comunicación comienzan a ocupar un espacio en la vida privada y pública de los ciudadanos insuperables. En atención a ello y al descontento en general del pueblo con la democracia y sus instituciones, el gobierno debe garantizar que los ciudadanos además de tener el derecho al voto popular, tengan otros espacios de participación política activa y toma de decisiones.

No se trata de preferir los métodos alternativos de participación política a los procesos electorales de la democracia representativa, sino que la exigencia es la complementación de la representación, pero a través de vías democráticas y no de posturas anarquistas o extremistas, que desconozcan el sistema político.

LA PARTICIPACIÓN DE LA CIUDADANÍA

La idea central es que la participación de la ciudadanía es básica en la consolidación de un sistema democrático. A pesar de las fallas del sistema político, debemos preferir a la democracia por sobre otra forma de gobierno, como se planteó Dahl (1999, pp. 55-71), en comparación con cualquier otra alternativa factible, la democracia posee ventajas y resulta oportuno citar las que considera el politólogo:

Evita el gobierno autócrata y tirano. La historia nos ha demostrado que los gobiernos totalitarios han atentado contra la integridad de los ciudadanos, citando como ejemplo los gobiernos de Stalin y Hitler. Este autor plantea que, aunque los gobiernos democráticos algunas veces han sido injustos, hay otras razones para creer que las democracias tienden a ser más justas y respetuosas de los intereses humanos básicos de la mayoría.

La democracia garantiza a sus ciudadanos una cantidad de derechos fundamentales que los gobiernos no democráticos no garantizan ni pueden garantizar. La democracia es un sistema de derechos, por definición ningún sistema no democrático otorga a sus ciudadanos un abanico de derechos políticos, si lo hiciera por definición se convertiría en un sistema democrático. Para satisfacer las exigencias de la democracia, los derechos que le son inherentes deben estar efectivamente a disposición de los ciudadanos en la práctica, de lo contrario, el sistema político no es democrático, con independencia de lo que el gobernante pretenda.

La democracia asegura a sus ciudadanos un mayor ámbito de libertad personal que cualquier alternativa factible a la misma. Además de los derechos necesarios para un gobierno democrático, los ciudadanos de un sistema democrático tienen la seguridad de gozar con una colección de libertades aún más extensa, una cultura democrática destacará el valor de la libertad personal y así dotará de apoyo a derechos y libertades adicionales.

La democracia ayuda a las personas a proteger sus propios intereses fundamentales. La mayoría de las personas desean ejercitar algún control sobre los factores que condicionan, parcial o completamente, la satisfacción de sus deseos, libertad de elección, una oportunidad de organizar su vida de acuerdo a sus propios fines, preferencias, gustos, valores, compromisos o creencias, la democracia protege esta libertad mejor que ningún otro sistema político;

Sólo un gobierno democrático puede proporcionar una oportunidad máxima para que las personas ejerciten la libertad de autodeterminarse, en este sentido al elegir vivir libremente bajo una constitución democrática, está ejercitando su libertad de autodeterminación.

Solamente un gobierno democrático puede proporcionar una oportunidad máxima para ejercitar la responsabilidad moral, para el politólogo, ser moralmente responsable equivale a ser autónomo en el ámbito de las elecciones moralmente relevantes.

La democracia promueve el desarrollo humano más plenamente que cualquier alternativa factible, en este sentido, los ciudadanos protegen sus intereses, considerar los intereses de otros, asumir la responsabilidad por decisiones importantes, y comprometerse libremente con otros en la búsqueda de una mejor decisión.

Sólo un gobierno democrático puede fomentar un grado relativamente alto de igualdad política, la cual se deriva necesariamente de la aceptación de varios supuestos razonables en los que creemos casi todos.

Las democracias representativas modernas no se hacen la guerra entre sí. Los ciudadanos y líderes democráticos cuentan con compromiso, y practican las negociaciones, tratados, alianzas y defensa frente a enemigos no democráticos.

Los países con gobiernos democráticos tienden a ser más prósperos que los países con gobiernos no democráticos. Las democracias para el autor, poseen ventajas económicas en virtud que, promueven la educación entre sus pueblos, el respeto a la ley y su economía depende de la comunicación con otras economías del mundo.

Es por ello que el sistema democrático es superior a cualquier otra forma de gobierno, ya ha quedado claro con el proceso de liberalización de México para consolidar el sistema político electoral y acabar con el gobierno hegemónico. La combinación de la participación activa de los ciudadanos con el ejercicio de los representantes favorece la organización del gobierno y el Estado.

Las ideologías que desconocen las instituciones del Estado y apuestan sólo por una democracia participativa a través de los mecanismos que antes se han citado, se sitúan sólo en una aspiración política irrealizable, ya que solamente tomar en cuenta la acción participativa del pueblo lejos de la representación, es hablar de una democracia directa la cual es imposible en un país con millones de habitantes como Suiza. Entonces no sólo basta la crítica a la representación política sino también el involucramiento real y directo de los ciudadanos para mejorar las políticas del gobierno y cambiarlas.

En este orden, Conway (1986, p. 1125) define a la participación ciudadana como toda actividad de los ciudadanos dirigida a intervenir en la designación de sus gobernantes o influir en la formación de la política estatal, en ella se contienen las acciones colectivas o individuales de apoyo o en su caso de presión mediante las cuales una o varias personas intentan transgredir en las decisiones sobre el tipo de gobierno que debe implementarse en una sociedad.

El ejercicio de la ciudadanía de forma participativa es la convicción de que la forma en que se puede mejorar la calidad de vida en la sociedad es mediante la participación de todos en los asuntos públicos, para ello que una persona decida o no ejercer sus derechos políticos tiene que ver con una formación individual, con base a procesos cognoscitivos, experiencias y una racionalidad, de esta forma es como la cultura, en especial la cultura cívica y política es fundamental para la construcción de la democracia.

Cuando se habla de cultura se debe tener en cuenta una realidad que rebasa la consideración de la vida social como un conjunto de funciones entre las que estaría la función específicamente cultural, una dimensión del conjunto de todas ellas, a una dimensión de la existencia social, con todos sus aspectos y funciones, que aparece cuando se observa a la sociedad tal como es cuando se empeña en llevar a cabo su vida persiguiendo un conjunto de metas colectivas que la identifican o individualizan.

El concepto de cultura suele ser muy utilizado en distintas áreas del conocimiento humano, pero en política adquiere una connotación importante, en el espacio público se refiere a las formas de vida de los miembros de una sociedad o de sus grupos, los valores como elementos intangibles de la cultura, dan significado y

orientación a los seres humanos cuando interactúan con el mundo social. Una cultura política democrática forma ciudadanos comprometidos con la igualdad entre los seres humanos.

Cuando se llevan a cabo investigaciones sobre los procesos democráticos de elecciones populares, se vincula a la cultura política, porque el efecto que los valores y creencias juegan en las preferencias de partidos es uno de los temas que se prefieren por los investigadores, al igual que con el estudio del comportamiento electoral. En el caso de América Latina los rasgos de cultura política han jugado papeles muy importantes en los procesos de democratización, como ejemplos de liderazgo político como el caudillismo, o de bases de legitimidad política como el populismo, o la revolución (CAPEL, 1991, p.187).

Así la importancia de la cultura de la democracia estriba en el hecho de que los ciudadanos que cuentan con una cultura política democrática en términos generales están interesados en los procesos políticos, conocen su sistema político y cómo funciona, y participan activamente en los procesos de toma de decisiones. Estos ciudadanos valoran y respetan los derechos políticos de otras personas. Asimismo, son más propensos a mostrar niveles de tolerancia ante la pluralidad de ideologías, ya que, si bien pueden no estar de acuerdo con el gobierno y las autoridades o con algunas políticas que se implementan, valoran a la democracia y sus reglas. Mientras que los ciudadanos que tienen una cultura política autoritaria presentan falta de interés en los procesos políticos, tienen una débil identificación con el sistema democrático, muestran poca tolerancia hacia opiniones de otros y pueden aceptar las ideas que no son democráticas como la violencia social o ideas anarquistas (CAPEL, 1991, p. 222).

Por ello, se habla de que una ciudadanía responsable e informada complementa las instituciones de la democracia representativa, y es posible que mejore el ejercicio del gobierno en la vigilancia de sus acciones. Pero no debe limitarse la responsabilidad de la democracia participativa a la vigilancia o la rendición de cuentas, sino al acercamiento de la ciudadanía con el gobierno a través del diálogo propositivo y la deliberación de los asuntos que atañen a la comunidad a la que pertenece.

Uno de los elementos de la democracia participativa es la exigencia de que se aperture el ejercicio del poder de la representación a través de mecanismos en los que los ciudadanos hagan del conocimiento de los gobernantes las necesidades propias y reales de cada comunidad, porque en la realidad sabemos que un representante no es capaz de conocer y entender los problemas de una comunidad, en el mejor de los casos hay representantes que se adscriben a una circunscripción determinada y tal vez se puede presumir que conocen a su comunidad, pero la representación política en los niveles federales aleja mucho a los políticos de entender la realidad, las diferencias y la desigualdad que existen en todas las regiones de México.

El ejercicio de la ciudadanía participativa no busca legitimar las decisiones de la representación, porque ello sería aceptar en sus deficiencias las políticas públicas que determina al gobierno, sino que debe entenderse como mecanismos para corregir estas decisiones y fortalecerlas.

Por ello, de implementarse a niveles mayores los mecanismos de participativos en México la expectativa es que sean los pobladores de una determinada localidad quienes puedan tomar decisiones sobre esa circunscripción, dentro de los márgenes legales del sistema democrático, tal es el caso de los pueblos originarios que se rigen por usos y costumbres, que hemos referido con anterioridad.

CONCLUSIONES

A partir de lo que se expuso es dable finalizar con que el poder político reside en el pueblo, la atribución de soberanía no es del Estado, es el pueblo y por delegación les da a los representantes el ejercicio de un poder delegado. Entonces todas las organizaciones políticas de las comunidades tienen soberanía, así, consejos vecinales, asambleas en las comunidades indígenas deben ser respetadas por el gobierno, aunque se encuentren fuera de la institucionalización del Estado.

El problema real en México, es que a pesar de la máxima que el poder y la soberanía pertenecen al pueblo como se reconoce en el artículo 39 constitucional, la participación política no se institucionaliza a pesar que es un ejercicio directo de este poder originario, porque toda la responsabilidad se le atribuye a la representación. El Estado olvida que el poder que él ejerce es sólo un poder delegado. La participación política es deliberativa, crítica y además vigila o fiscaliza la actuación de los representantes políticos, y puede llegar a influir considerablemente en la toma de decisiones de los que ostentan el poder político.

Ahora bien, es difícil en la actualidad que quienes ejercen la representación se abran a las demandas de la ciudadanía porque pertenecen a una clase social de élite, aunque en ocasiones jueguen el papel de cercanía con el pueblo. Por ello, la interrogante es si la democracia puede implementarse satisfactoriamente ante los sesgos de tradición autoritaria del país.

De forma muy general se expusieron algunos mecanismos participativos como el referéndum y el plebiscito sin aspectos teóricos o técnicos, pues dada la complejidad tendríamos que intentar un análisis más extenso, sin embargo, esos procedimientos son posibles de implementar en nuestro país.

Una complejidad para la implementación de la democracia participativa es que los ciudadanos evitamos las responsabilidades sociales y políticas con el país. Somos incapaces de elegir las mejores opciones para nuestra comunidad. Participar informadamente es una exigencia de este tipo de democracia, por ello una de las principales herramientas de nuestro tiempo es el internet y las redes sociales, cuando se usan con sentido común.

Implementar la democracia participativa no es eliminar a la representativa, sino que se complementan. Una democracia en donde la ciudadanía exprese con libertad sus necesidades y que éstas se puedan institucionalizar favorecerá a elevar la calidad del gobierno en el que se garantice la igualdad y las diferencias de cada comunidad en favor de mejorar la calidad de vida de las personas y reducir en algún modo los malestares de la violencia y la pobreza que vivimos en México.

REFERENCIAS

1. Bobbio, N. (1996). *El futuro de la Democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
2. Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL) (1990). Programa especializado del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Diccionario Electoral*, Costa Rica.

3. Conway, M. (1986). *La participación política en los Estados Unidos*. México: Ediciones Gernika.
4. Cuono, M. (2013). Representación política. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (4), pp. 163-171. Universidad Carlos III de Madrid. ISSN 2253-6655. Recuperado de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2101/1034>.
5. Dahl, R. (1991). *La democracia y sus críticos*. Madrid: Editorial Paidós.
6. Dahl, R. (1989). *La poliarquía*. Madrid: Editorial Tecnos.
7. Dahl, R. (1999). *La democracia. Una guía para los ciudadanos*. Traducción de Fernando Vallespín. Madrid: Taurus, Grupo Santillana de Ediciones S.A.
8. De la Garza Talavera, R. (2018). *Usos y costumbres y participación política en México*, Derechos Electorales para Pueblos y Comunidades Indígenas, México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Recuperado de https://www.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files/archivos_libros/Usos%20y%20costumbres%20y%20participacio%CC%81n%20poli%CC%81tica.pdf.
9. Diccionario del Poder Mundial. Recuperado de <https://poder-mundial.net/termino/asamblea-popular/>.
10. Dussel Ambrosini, E. (2012). Democracia participativa, Disolución del Estado y Liderazgo político. *Cuadernos del movimiento*, Volumen II, México: Editorial Tinta Roja.
11. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (2017). *Diccionario Electoral*, Tomo I. Recuperado de https://www.iidh.ed.cr/capel/media/1440/diccionario-electoral_tomo-i.pdf.
12. Mariel Sorribas, P y Garay Reyna, Z. (2014). La participación, entre la democracia participativa y la democracia directa. Aportes desde un enfoque psicosocial. *POLIS*, (10)2, pp. 39-69, ISSN: 1870-2333. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/726/72638805003.pdf>.
13. Mcpherson, C.B. (1987). *La democracia liberal y su época*. Madrid: Alianza Editorial.
14. Olmedo, R. (2003). Democracia y descentralización. En Suárez-Iñiguez, E. (coord.). *Enfoques sobre la democracia*. México: Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM.
15. Olvera, Alberto J. (2009). La participación ciudadana y sus retos en México. Un breve estudio del desarrollo de la cultura y de las instituciones participativas y diagnóstico de su problemática actual, con propuestas

para hacer funcionales las instancias de participación democrática. Recuperado de [http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/946/5/images/b\)Olvera_Entregable_2.pdf](http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/946/5/images/b)Olvera_Entregable_2.pdf).

16. Orozco Henríquez, J. Jesús y Silva Adaya, J. C. (2002). *Consideraciones sobre los instrumentos de democracia participativa en las entidades federativas de México*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/345/25.pdf>.
17. Peralta-Varela, C. (2014). *La cotidianidad de la democracia participativa. Juntas de gobierno y consejos ciudadanos*. Guadalajara, Jalisco: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente. Recuperado de <https://rei.iteso.mx/bitstream/handle/11117/4207/9786079361259.pdf?sequence=2>.
18. Rodríguez Burgos, K. (2015). *Democracia y tipos de democracia*, en Ciencia Política: perspectiva multidisciplinaria. Universidad Autónoma de Nuevo León. Repositorio académico digital. Recuperado de <http://eprints.uanl.mx/8477/1/Documento2.pdf>.
19. Sartori, G. (1997). *Teoría de la democracia 1. El debate contemporáneo*, Alianza editorial, Colección Alianza universidad, núm. 566. Madrid, España.
20. Schmid, E., Gosenreiter, A. y Rensch, C., TV suiza SRF, Marie (2018). *Las iniciativas populares más curiosas votadas en Suiza*, 19 de noviembre, 14:00, en SWI swissinfo.ch. Recuperado de https://www.swissinfo.ch/spa/politica/democracia-directa_las-iniciativas-populares-m%C3%A1s-curiosas-votadas-en-suiza/44555324.
21. Secretaría de Gobernación (SEGOB). *Diccionario de Información Legislativa*, Sistema de Información Legislativa. Recuperado de <http://sil.gobernacion.gob.mx/portal/Diccionario/verDiccionario>.
22. Tesis XLI/2015, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Democracia participativa indígena. Es obligación del Estado y de los partidos políticos promoverla*. Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 8, Número 17, 2015, páginas 77 y 78. Recuperado de <https://www.te.gob.mx/IUSEapp/tesisjur.aspx?idtesis=XLI/2015&tpoBusqueda=S&sWord=participativa>.
23. Vuillemier, M. (2018). *¿Son más felices las vacas con cuernos?*, 31 de octubre, en SWI swissinfo.ch. Recuperado de https://www.swissinfo.ch/spa/democraciadirecta/votaciones-25-noviembre-2018_-son-m%C3%A1s-felices-las-vacas-con-cuernos-/44492862.
24. Zimmerman, J. (1992). *Democracia Participativa: El resurgimiento del populismo*. México: Limusa.

La *dispraxis* formativa: Una revisión en materia de derechos humanos y ética profesional

The training dispraxis: A review in the field of human rights and professional ethics

LÁZARO MARTÍNEZ VELÁZQUEZ*

LAURA G. ZARAGOZA CONTRERAS**



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

Resumen

El presente estudio aborda el fenómeno que se refiere a la inobservancia total o parcial de los estándares deseables de desempeño en la actividad jurídica que no es imputable al operador jurídico, denominado *dispraxis* formativa (*dispraxis* de segundo nivel). Nos explica que el grado de *dispraxis* formativa influye en la eficacia institucional e incluso puede permear en la decadencia del Estado de Derecho. Nos da cuenta de la importancia sobre la formación de los operadores jurídicos desde una perspectiva humanista y ética.

Palabras clave

Dispraxis formativa, eficacia institucional, Estado Constitucional de Derecho, operador jurídico.

Abstract

The present study addresses the phenomenon that refers to the total or partial non-observance of desirable standards of performance in legal activity that is not attributable to the legal operator, called Training Dispraxis (second level dyspraxis). He explains that the degree of formational dyspraxis influences institutional effectiveness and can even permeate the decline of the rule of law. We realize the importance on the training of legal operators from a humanistic and ethical perspective.

Key words

Formative dyspraxis, institutional effectiveness, Constitutional State of Law, legal operator.

*Licenciado en Derecho, Maestro en Derecho Judicial, Especialista en Derecho Procesal y Doctorado en Estudios Jurídicos por la Universidad Autónoma del Estado de México, México. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4884-1728>. Correo electrónico: lazaromv33@gmail.com

**Doctora en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad Iberoamericana. Profesor-Investigador de la Escuela Judicial del Estado de México, México. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7703-4303> Correo electrónico: laurazaragozacontreras@live.com.mx

INTRODUCCIÓN

El presente estudio aborda el fenómeno que se refiere a la inobservancia total o parcial de los estándares deseables de desempeño en la actividad jurídica que no es imputable al operador jurídico, denominado *dispraxis formativa* (*dispraxis* de segundo nivel). Nos explica que el grado de *dispraxis formativa* influye en la eficacia institucional e incluso puede permear en la decadencia del Estado de Derecho. Nos da cuenta de la importancia sobre la formación de los operadores jurídicos desde una perspectiva humanista y ética.

En teoría, la *dispraxis* de segundo nivel y específicamente la *dispraxis formativa* no es inherente o imputable al operador, ya que la formación de profesionales y la construcción de programas y contenidos en las instituciones de educación en México dependen del Estado e incluso en la educación privada deben seguir estándares mínimos que delimita el propio Estado para tal fin. En este sentido, damos cuenta de la *dispraxis* de segundo nivel en la que el Estado mexicano incurre, ya que es parte de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Educación y Formación en Materia de Derechos Humanos (Naciones Unidas, 2012).

Por último se desarrolla una conclusión en donde se argumenta sobre la responsabilidad del Estado mexicano en la formación de los operadores del derecho y se invita a seguir aportando conocimiento en el tema de *dispraxis formativa* desde otros enfoques epistemológicos.

DISPRAXIS FORMATIVA

La *dispraxis* jurídica entendida como la inobservancia total o parcial de los estándares deseables de desempeño en la actividad jurídica nos lleva a analizar el tipo de *dispraxis* que no es imputable al operador del derecho. La *dispraxis* de segundo nivel se ha considerado apartar o establecer las conductas de los operadores jurídicos, cuyas consecuencias traen aparejadas un bajo desempeño, pero que no son imputables a los operadores jurídicos: la excesiva carga de trabajo, ausencia o carencia de infraestructura, así como la capacitación o la *dispraxis* formativa. Las conductas *dispráxicas* de segundo nivel presentan peculiaridades especiales. La *dispraxis* formativa tiene en sí diversos factores como la deficiente formación académica. Dicha forma de *dispraxis* es imputable al propio Estado. Asimismo, se caracterizan por no ajustarse a la técnica legislativa, lo que trae como consecuencia la promulgación de documentos normativos oscuros, no sistematizados, con antinomias y lagunas; este tipo de *dispraxis* puede dar pie al diseño de instituciones deficientes para disfrazar el cumplimiento o simular una respuesta a la demanda social, es decir, se estarían creando leyes e instituciones deficientes desde su origen. Una de las características

primordiales de la dispraxis de segundo nivel es que este fenómeno o conjunto de actividades anómalas que permean en la eficacia de la institución no depende directamente del operador sino que dichas prácticas u omisiones que derivan de factores externos. La excesiva carga de trabajo dentro de una institución se desprende de una deficiente planeación e incluso de un mal proyecto o sistema de gestión. Asimismo, la falta de infraestructura necesaria para el desarrollo de una función es una deficiencia o patología que puede incidir en la eficacia de la misma. Por ejemplo, cuando un operador jurídico capacitado para desarrollar un programa en sistemas computacionales carece del equipo compatible y actualizado para descargar el programa de marras, se está ante una causa de patología que no depende directamente del operador sino de los superiores jerárquicos o de los funcionarios de nivel encargados de la planeación y autorización o aprobación del presupuesto necesario. Por otro lado, es posible que la excesiva carga de trabajo devenga de una insuficiencia del elemento humano dentro de la institución, ya que se deriva de una deficiente planeación. Este tipo de patología institucional tampoco es imputable al operador, sin embargo, lo envuelve en el desarrollo de una actividad dispráxica: sin el equipo humano suficiente para sacar adelante la carga de trabajo es altamente probable que la función se desarrolle por debajo de los estándares de calidad de la función esperada (Martínez y Zaragoza, 2018).

Enseguida, se da cuenta de un fenómeno *dispráxico* identificado en la formación de los profesionales del derecho en México. La delimitación se circunscribe al Estado de México.

En la actualidad, la formación clásica de los abogados puede ser considerada como obsoleta, incluso las prácticas comunes dentro de un juzgado también lo son. Esto se afirma en razón de que las tendencias internacionales en cuanto a Derecho van encaminadas a la protección de los Derechos Humanos y a fomentar en las sociedades el respeto a los mismos. Con ello se pretende dar un mayor auge a la cultura de la paz, esto es una consecuencia de los hechos violentos que se suscitan día con día en el mundo. Organismos internacionales como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas han tomado iniciativas al respecto. El 2 de noviembre de 2011, la Asamblea General del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre Educación y Formación en Materia de Derechos Humanos, la cual invita a los gobiernos, a los organismos y organizaciones del sistema de las Naciones Unidas y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, de la que México es parte, a intensificar esfuerzos para difundirla y promover el respeto y su comprensión a nivel universal.

Esta invitación se debe contemplar en todos los niveles educativos. En el presente estudio nos enfocamos en la formación de los profesionales del derecho y su origen formativo. En México y particularmente en la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM) nos dimos a la tarea de revisar el programa de estudios de la Licenciatura en Derecho en la que se aprecia que¹ se ha cumplido de manera superficial el tema relevante de la formación en materia de derechos humanos.

El profesional del derecho en la actualidad juega un rol importante o debería hacerlo en la reconstrucción del tejido social y fomentar la cultura de la paz. En este tenor podemos decir que al existir una deficiente formación en materia de derechos humanos y además incumpliendo un compromiso internacional y en la formación de los operadores del derecho el Estado de México incurre en dispraxis formativa

¹ Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM) [http://dep.uaemex.mx/portal/oferta.php?doc=planes file:///C:/Users/Casa/Downloads/Plan_181%20\(2\).pdf](http://dep.uaemex.mx/portal/oferta.php?doc=planes%20file:///C:/Users/Casa/Downloads/Plan_181%20(2).pdf) [consultado el 20 de mayo de 2018].

en sus operadores jurídicos. Es decir, como lo refieren Martínez y Zaragoza (2018) existe una *dispraxis* de segundo nivel que, si bien no es propiamente imputable a los operadores sí es un elemento para incentivar la participación de las barras y colegios de abogados, investigadores en las universidades para incitar al estudio de las modificaciones estructurales en los programas de formación de profesionales en derecho armónico con el documento normativo internacional que se comenta. Dentro de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México se ha creado la Licenciatura en Medios Alternos de Solución de Conflictos, ésta es una forma aislada y no integral, ya que se están formando especialistas en materia de mecanismos alternos y no licenciados en Derecho con ese enfoque.²

En el mismo sentido nos dimos a la tarea de analizar los programas de algunas instituciones privadas en el Valle de Toluca y se pudieron advertir que, por ejemplo, en la Universidad del Valle de México (UVM) de 61 materias, solamente una es referente a Derechos Humanos y otra a Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, además, en el perfil del egresado no se contempla algún rubro que fomente la cultura de la paz o el respeto irrestricto a los derechos humanos.³

El plan de estudios del Tecnológico de Monterrey se acerca a los rubros internacionales, ya que plantea como perfil del Licenciado en Derecho la defensa de derechos individuales y colectivos e induce a la aplicación de Mecanismos Alternos para la Solución de Conflictos.⁴

² La carrera de Licenciado en Derecho, como ámbito de desarrollo profesional, tiene campos de acción delimitados tradicionalmente a la disciplina jurídica, en su carácter de sistema de control social por excelencia que la sociedad le ha atribuido. El control social es un término amplio que incluye tanto la prevención como la sanción de conductas (de ciudadanos y autoridades) desviadas del estándar jurídico, como la regulación (en ocasiones también diseño) de la estructura y funciones de instituciones y grupos. La principal función de los profesionales del Derecho es la regulación de los fenómenos sociales y la integración de las normas que organizan y regulan las instituciones públicas y privadas. Ambas funciones tienen como finalidad la protección de valores como la seguridad jurídica, la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, la verdad, la legitimidad y el consenso. La Licenciatura en Derecho es la vía de formación de profesionales capaces de desarrollar las funciones descritas con anterioridad en diversos ámbitos de acción. Esta formación involucra el desarrollo de todas las competencias que implica el perfil. El ejercicio de la práctica jurídica precisa de profesionales que procuren y colaboren en la solución de problemáticas complejas, donde interactúan factores endógenos y exógenos a lo tradicionalmente identificado como jurídico. De otra forma, se corre el riesgo de formar burócratas del derecho. Uno de los problemas que aqueja a muchos abogados educados en la idea de que el Derecho es un sistema autosuficiente e independiente que ha de conservar la pureza de su tradición dogmática. Idea que dificulta la asunción de que la interacción social es hoy, esencialmente, dinámica. Establece objetivos: 1) Conocer la evolución histórica de la disciplina, como marco para el análisis de los diversos sistemas jurídicos vigentes y no vigentes. 2) Comprender los principios generales que sustentan al Derecho, su origen y la manera en que se expresan en la actualidad. 3) Entender la relación del Derecho con otras disciplinas, desempeñándose armónicamente en entornos interdisciplinarios y multidisciplinarios. 4) Disponer de una sólida formación disciplinaria en cada una de las ramas de estudio del Derecho. 5) Conocer la esencia de sistemas jurídicos extranjeros, a fin de contrastarlos con el propio. 6) Contar con los elementos técnicos para analizar, elaborar, interpretar y aplicar la legislación. 7) Interpretar el texto jurídico general para producir una norma individualizada. 8) Interpretar textos jurídicos generales para determinar la previsibilidad de las decisiones que se adoptarán en casos concretos. 9) Solucionar casos controvertidos suscitados en un marco de acción social legalmente contemplados. 10) Representar los intereses de la sociedad en la identificación y sanción de conductas que se aparten de las líneas de convivencia general. 11) Diseñar instrumentos jurídicos que permitan la solución de problemas generales en contextos sociales determinados (Plan de Estudios de la Licenciatura en Derecho UAEM 2004. Disponible en: http://derecho.uaemex.mx/pdfs/Plan_2004.pdf).

³ Universidad del Valle de México (UVM). Disponible en <https://www.universidaduvm.mx/documentos/20700/347393/2017-Licenciatura-Derecho-plan-de-estudios.pdf>; c086fc9c-c2f2-4e31-bb6c-8aedffa6c76d.

⁴ Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM). Disponible en <http://admisión.itesm.mx/es/led>. Consultado el 20 de julio de 2018.

El análisis abordado en el presente estudio tiene como finalidad generar interés por parte de instituciones, tanto públicas como privadas, para identificar las áreas de oportunidad para insertar integralmente en sus programas la materia de derechos humanos.

La falta de formación de los operadores jurídicos en materia de derechos humanos puede ser una causa de desconfianza generalizada en las instituciones. Para dar cuenta de ello es suficiente con revisar estudios realizados por el Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO) que dan cuenta de la percepción de la ciudadanía en 113 países, cuyos temas torales son:

1. Limitaciones a los poderes del gobierno;
2. Ausencia de corrupción;
3. Gobierno abierto;
4. *Derechos fundamentales*;
5. Orden y seguridad;
6. Ejecución regulatoria;
7. Justicia civil; y
8. Justicia criminal

México ocupa los últimos lugares en la mayoría de los rubros, incluyendo los derechos humanos: en el lugar 75 de 113.⁵ Con esto, se puede advertir que una consecuencia de *dispraxis* de segundo nivel (como la formativa de los profesionales en Derecho), es la desconfianza generalizada de la ciudadanía. La *dispraxis* permea en la eficacia de las instituciones y por ende puede apreciarse que esa relación entre los ciudadanos y las instituciones cada vez es más distante y menos armónica.

LA ÉTICA PROFESIONAL DE LOS OPERADORES JURÍDICOS

OPERADOR JURÍDICO

Este concepto es utilizado de manera amplia para identificar a aquellos profesionales que hacen de su vida habitual un actuar en el mundo del Derecho, desde diversas perspectivas, ya sea como creadores, intérpretes, asesores, o en su caso como aplicadores del Derecho, siendo estas características lo que hacen distinto al operador jurídico de los demás profesionales.

⁵ El estudio analiza cómo se experimenta el Estado de derecho por los habitantes de 113 países alrededor del mundo al utilizar más de 110 mil encuestas en hogares y 2 700 realizadas a expertos. México obtiene bajas puntuaciones en todos los factores salvo en Gobierno abierto. La más baja calificación es en Justicia criminal, en donde México aparece en el lugar 108 de los 113 países, seguido de ausencia de corrupción donde se ubica en el 99 de 113 y en Orden y seguridad en el puesto 94. En el factor de Gobierno abierto, México ocupa el puesto 34 de 113 y en Derechos fundamentales el 75 (IMCO, 2016).

Esencialmente estos acatan lo establecido por el Derecho, además de tener una participación firme en algún cargo público, oficio o profesión. Este concepto tiene una amplitud mayor a la de jurista, sin embargo, cuando este último decide ser un jurista práctico, se convierte en operador jurídico.

Desde el enfoque epistemológico del realismo social, la figura del operador jurídico se hace notar en un ámbito de competencia propio, con una determinante participación en los procesos de creación, interpretación y aplicación del Derecho, y como el actor principal en la estructura jurídica que se encuentra en constante evolución. Peces y Martínez (1986-1987).

ÉTICA PROFESIONAL

La conjunción de estos dos conceptos nos encamina a descomponer cada uno de ellos para un mejor entendimiento de los alcances de la ética profesional y para ello debemos examinar los conceptos de ética y profesión.

ÉTICA

Partiendo de una filosofía aristotélica citada por Savater, podemos decir que la ética proviene del latín *Ethos* que significa costumbre o carácter, y en esencia consiste en esa reflexión sobre las acciones del ser humano en búsqueda de la libertad. A través de la ética se busca potencializar las virtudes, es decir, aquellos hábitos que nos dan fortaleza frente a las debilidades que se traducen en vicios, por ello bien llama Aristóteles (2004) a la ética como a esa parte de la filosofía que mira el valor de la conducta humana.

La meditación acerca de la virtud busca ideales en las acciones de los seres humanos y la forma por la que los hombres adquieran una rectitud en sus acciones lo es con la constante práctica de las virtudes.

De igual forma, la ética tiene como elemento esencial la alteridad, ya que el ser virtuoso lo es en relación a los iguales, la virtud no se materializa en beneficio propio sino para con el otro, además en la ética se encuentra materializada la magnificencia, la superioridad del hombre frente a otros seres vivos, ya que en éste subsiste la razón, valor que se convierte en factor determinante en las relaciones interpersonales (Martínez, 2006).

Desde la concepción aristotélica se ha establecido que la finalidad del Estado es la promoción de la virtud y la felicidad de los ciudadanos. Esto quiere decir que el Estado a través de sus instituciones tiene la firme obligación de promover la virtud para la convivencia humana y ésta debe ser transmitida de manera eficaz por las instituciones de enseñanza (Savater, 2012), ya que de acuerdo con la idea de Federico Reyes Heróles, la ética puede concebirse como la más grande contribución en la construcción de seres humanos virtuosos, sin embargo, no se debe soslayar que el humanismo se está perdiendo como actividad cotidiana del hombre (Reyes, 2010).

PROFESIÓN

Presentar una definición limitada del concepto *profesión* podría caer en una inhabilitación en las aspiraciones de ciertos grupos para ser considerados como legítimos profesionales. Por esta razón se presenta una definición incluyente a todas las profesiones, no sólo a la jurídica y se define como aquellas actividades ocupacionales, cuyas características son las siguientes:

- a) Se presta un servicio a la sociedad de manera concreta e institucional,
- b) Son desarrolladas por una grupo de individuos de manera permanente y por tanto hacen de ellas un modo de vida,
- c) Permiten crear grupos de profesionales que pretenden controlar de manera exclusiva el ejercicio de la actividad que desempeñan, y
- d) Se ingresa a ellas mediante la sujeción a procesos de complejidad evidente, teórica y práctica, y de éstos depende la legitimación de tal actividad (Hortal 2002).

LA ÉTICA PROFESIONAL

Es de gran importancia el lugar que ocupan las profesiones tanto en el ámbito social como en la actividad profesional. La ética profesional es una exigencia de viabilidad y materialización del bien común y la justicia, y la jerarquía propia se enlaza con vigor en nuestros planes de vida. En el mismo sentido se está hablando de una ética aplicada, que se traduce en una forma clara de centralizar en lo específico un ámbito de la actividad humana en la aplicación de un conocimiento sustancial.

La ética profesional en la práctica tiene una doble función, la primera que utiliza criterios y fundamentos de la ética general, y por otro lado, aporta principios propios y exclusivos. Su finalidad estriba en determinar los medios necesarios para crear un actuar ético permanente en el ejercicio de una profesión, además no es tarea de la ética profesional el dar solución a algún caso en concreto, sino el esquematizar los valores, principios y fundamentos que los actores sociales que sufren una afectación pueden considerar en las diferentes circunstancias que se susciten, es decir, se trata de un entorno de reflexión en la toma de decisiones.

“La ética profesional en la formación de los operadores jurídicos se convierte en una necesidad ineludible” (Hirsch, 2003, pp.8-15).

LA ÉTICA PROFESIONAL EN LA FORMACIÓN DE LOS OPERADORES JURÍDICOS

Partiendo de un acercamiento filosófico a la educación jurídica, se pueden reconocer algunos prototipos en esta índole que, pueden aportar una identificación particular a los juzgadores que son formados de acuerdo con los parámetros que marcan dichos esquemas. Uno de los modelos de enseñanza jurídica novedoso lo

es el humanismo realista que consiste en que lo jurídico se puede definir como “la conducta esencialmente justa, y en la cual existe una íntima relación entre la ética y el derecho. En este tenor se advierte que la enseñanza del derecho desde su aspecto práctico debe seguir la línea de una cultura jurídica genuina” (Ramírez, 2008, pp. 49-69).

El tema de la ética profesional en la formación de los profesionales no es un tema exclusivo del Derecho, sino se trata de un aspecto general y por lo que quienes tienen la responsabilidad de formar operadores del derecho en las universidades deben ponderar la interdisciplinariedad como el modelo que vincula la ética profesional con el conocimiento teórico y las competencias profesionales, entendiendo estas últimas como aquellos sistemas de capacidades, conocimientos, actitudes y habilidades indispensables para comprender circunstancias determinadas, y ejercitarse en ellas de manera razonable (Ibarra, 2005).

“La solución a la problemática en la enseñanza de la ética no consiste en cambiar el concepto de moral por el de la ética, sino en especificar los mínimos morales que dentro de una sociedad democrática se deben transferir, ya que estos son los valores, actitudes y hábitos a los que no podemos renunciar sin hacerlo a la vez de la humanidad misma” (Cortina, 2000, pp. 14-17).

En México, la formación de profesionales a la luz de la ética se percibe como un ideal, mas no como una realidad evidente, sin embargo, se aprecia como un anhelo en el que participan activamente los profesionales en ejercicio, los docentes y el alumnado en las instituciones de educación superior. En las universidades de nuestro país se ha olvidado implementar contenidos de ética profesional en la mayoría de los estudios profesionales en los que se encuentra incluida la carrera en Derecho, sin embargo, los investigadores no han soslayado esta problemática y se han propuesto algunas propuestas al respecto, asimismo, estos esquemas pueden auxiliar a los institutos de los Poderes Judiciales de nuestro país en el desarrollo de los programas de actualización para los juzgadores.

En un primer plano se considera necesario el dar contestación a dos preguntas esenciales: ¿Por qué es importante la enseñanza de ética profesional? ¿Qué se debe enseñar en ética profesional?

¿POR QUÉ ES IMPORTANTE LA ENSEÑANZA DE ÉTICA PROFESIONAL?

El fomento a la cultura de la ética profesional en los estudiantes universitarios propicia la reflexión metódica con el servicio que se brinda a la sociedad, los destinatarios de dichos servicios, ya sean directos o indirectos, así como el cúmulo de derechos y obligaciones, o los posibles obstáculos que se lleguen a interponer en el caminar del ejercicio profesional. Este aspecto contribuye a la construcción de una responsabilidad ética (Hirsch, 2004). En el mismo sentido, la profesionalización de los juzgadores en este aspecto humanista permitirá analizar los asuntos a resolver desde una óptica más profunda y en un ámbito más sensible que la simple aplicación literal de la norma jurídica.

¿QUÉ SE DEBE ENSEÑAR EN ÉTICA PROFESIONAL?

Los cambios globales mundiales han generado en la sociedad consecuencias positivas y negativas, dentro de estas últimas se han presentado problemas complejos, como lo es la arbitraria distribución de la riqueza, entre otros. Esto ha generado un desequilibrio social, sin embargo, las instituciones educativas tienen un grado de responsabilidad elevado en la construcción de una sociedad organizada. Sin embargo, dentro de las instituciones educativas se presenta una problemática que consiste en la generación de conflictos éticos en el ejercicio profesional, situación que es percibida por la sociedad, quien demanda una actitud ética de los profesionales, lo que trae como consecuencia que las instituciones educativas deben tener como prioridad la formación ética como necesidad (Hirsch, A., 2003a).

El incorporar la ética profesional en los planes de estudio en las universidades tiene algunas consideraciones de llamar la atención: 1. Puede lograr una difusión notable, lo que generaría un grado de responsabilidad mayor y genera aptitudes en los estudiantes que les serán útiles al enfrentarse a problemas éticos, y 2. Es resultado de una exigencia social para la formación de buenos profesionales (Lozano, 2000).

Asimismo, es importante remarcar que la simple implementación de materias y contenidos de ética profesional en los programas curriculares de las universidades no resuelven el problema de la desconfianza social que se encuentra latente en la sociedad hacia las instituciones públicas y en específico en las jurídicas, sin embargo, es el primer paso para generar un impulso para tal propósito. En el mismo sentido se dice que el tema de la formación ética en las universidades no implica únicamente el discurso sino generar la reflexión en el alumnado sobre los aspectos que debe desarrollar un buen profesional y por ende un operador jurídico de excelencia (Hirsch, 2003b).

LA FORMACIÓN ÉTICA DE LOS OPERADORES JURÍDICOS FRENTE A LA EXIGENCIA SOCIAL

De acuerdo con estándares internacionales se ha apreciado que la sociedad desconfía de sus instituciones encargadas de la administración de justicia, por ejemplo,⁶ en

⁶ La gran mayoría de los mexicanos desconfía de su sistema de justicia (...) en términos de tendencias, a nivel nacional, en 2015, las instituciones de justicia ganaron credibilidad entre la ciudadanía con respecto a la medición de 2011, aunque sigue habiendo más personas que confían “nada” que las que confían “mucho”... las entidades que presentaron los índices más bajos (de confianza en la justicia) fueron el Distrito Federal (-27.3), el Estado de México (-19.6) y Morelos (-14.7). Justicia a la medida. Siete indicadores sobre la calidad de la Justicia Penal en México. (2016) México Evalúa, Centro de Análisis de Políticas Públicas. México. pp. 6-7. Aun cuando puedan cuestionarse los resultados por tratarse de materia penal el principal rubro, cabe aclarar que en materia civil, los resultados también son preocupantes, ya que los mexicanos colocan a México entre los últimos lugares en credibilidad y confianza en las instituciones de Administración de Justicia. En el Informe Anual de índice de Estado de Derecho 2016, México se ubica en el lugar 88 de 113 países evaluados (en 2015 México ocupó el lugar 79 de 102 evaluados). Los factores considerados para evaluar el desempeño de los países a partir de la percepción ciudadana son los límites al poder gubernamental, ausencia de corrupción, gobierno abierto, derechos humanos, orden y seguridad, cumplimiento regulatorio, justicia civil y penal.

En justicia civil ocupó el lugar 101 (de 113), ya que la población cuestiona la accesibilidad de los sistemas de justicia, percibe discriminación, que la justicia sea pronta, corrupción y conflicto de intereses. (México (2016), Índice del Estado de Derecho vía World Justice Project. Recuperado de http://imco.org.mx/politica_buen_gobierno/indice-del-estado-de-derecho-2016-via-world-justice-project/).

este caso debemos reflexionar sobre los principios que deben advertir los juzgadores como entes activos de las instituciones jurídicas antes referidas.

La visión social por lo que respecta a la confiabilidad de los juzgadores va más allá de que estos sean eficientes en su actividad profesional. Sino que la sociedad demanda humanismo en la práctica profesional de éstos y el elemento trascendente para ello es la ética, misma que se encuentra inmersa en la moralidad de todo ente racional y le es útil como motivación, moderación o de impulso en su actuar. El proceder ético como virtud no es un componente disperso de la actividad profesional del operador jurídico, ya que las vivencias que forman parte de un individuo son las generadoras de conocimiento y éste debe comprender cómo fusionar éstas con su formación, cuya repercusión no sólo será en el ámbito profesional sino en su construcción como persona (Vázquez y Zapata, 2001).

LAS UNIVERSIDADES Y SU RESPONSABILIDAD SOCIAL

Por otro lado, se debe decir que los organismos de educación superior encargadas de la formación profesional de los operadores jurídicos tienen en sus manos, la responsabilidad de entregar a la sociedad no sólo personas preparadas intelectualmente sino profesionales cultos, con un amplio criterio crítico, y con la capacidad de dirigir su actuar profesional de manera libre y responsable en las actividades de convivencia social.

La responsabilidad que tienen las universidades en la formación de los operadores jurídicos es plasmado en un modelo denominado responsabilidad social de la universidad y se refiere a una estrategia de servicio dirigida hacia la calidad ética y que pretende empatar sus cuatro procedimientos primordiales en la formación profesional que son: servicio, docencia, investigación y desarrollo.

Este modelo novedoso adquiere fuerza en la medida en que la universidad se organiza a sí misma. Por otro lado, se afirma que el alumnado no adquiere conocimiento únicamente en el aula sino de manera muy notoria en su vivencia institucional. El universitario pasa gran parte de su vida en la institución que lo forma, en ella socializa y por ello se pondera que se pongan en práctica los valores como el ser solidario, democrático, participativo, incluyente, sin discriminar a persona alguna. Por ello es que aprende de su entorno social universitario y debe existir un comportamiento ético generalizado (Rojas, 2009).

Dentro del ámbito de competencia de las instituciones de educación superior, es necesario que éstas permitan a los futuros operadores jurídicos distinguir la magnitud de la ética profesional con la condicionante de que se caracterice por ser crítica y racional. Ello es posible con el apoyo en las relaciones constantes respecto a los bienes y servicios que presta la profesión jurídica a la sociedad, así como el distinguir el cúmulo de obligaciones y principios a los que se comprometen al momento de la obtención del grado para el ejercicio profesional (Hirsch, 2003a).

LOS VALORES EN LA ÉTICA PROFESIONAL

Abordar el tema de los valores éticos que deben prevalecer en los operadores jurídicos es el propósito de este apartado, y al respecto se hace énfasis en que la esencia de nuestros actos estriba en el pensamiento y las normas morales, por tanto, en los

sujetos activos de la ciencia jurídica debe caber la reflexión en este asunto y darle la importancia que merece, provocando con ello una difusión y práctica efectiva de los valores éticos en el ejercicio profesional.

No sólo los operadores jurídicos deben sentirse identificados con la institución universitaria que los forma sino este tema se amplía a todos los profesionales, quienes deben sentirse parte de la transformación cultural que representa un todo y los profesionistas son responsables de fomentar y ejercitar los valores éticos que rigen las profesiones.

Todo operador de derecho debe tomar en cuenta que los valores no son mutables pese a las transformaciones culturales; dentro de los valores primordiales se deben mencionar los siguientes: justicia, verdad y probidad (Oropeza, A.). Sin embargo, algunos autores fundamentan este tema clasificando los valores de la ética profesional en tres rubros, que son:

Autonomía

Este elemento se funda en las virtudes, que dan elementos al ser humano para construirse a sí mismo, es decir, formarse como persona, a partir de sus propias acciones, ya que el individuo es quien es, a consecuencia de sus actos y ello con la máxima de la libertad, asimismo, se liga con profundidad con la autorrealización que forma parte de la responsabilidad.

“El juzgador tiene la libertad de decidir entre las diversas posibilidades del actuar profesional, lo que no se debe desvirtuar actuando para la obtención de un beneficio excesivo a costa del aprovechamiento de la ignorancia de los destinatarios de los bienes y servicios que se presta” (Savater, 2012, p.86). Esto se refiere a la capacidad del juzgador de tomar decisiones en sus resoluciones, reprimiendo en todo momento la coacción externa.

La autonomía se relaciona estrictamente con identidad personal del juez es intersubjetiva, además de que este elemento de los valores en la ética profesional permite hacer notoria la diferencia entre las profesiones con los oficios, trabajos u ocupaciones.

Responsabilidad

El elemento responsabilidad se refiere a la capacidad del juzgador de hacer frente de las acciones propias ante los justiciables y se puede concebir como un mandato reconocido por los mismos profesionales que se refiere a una norma que rige la actividad del buen profesional para demostrar cómo el principio de responsabilidad fortalece las competencias y capacidades de este operador jurídico que buscan como consecuencia la formación permanente y la calidad del servicio.

El cúmulo de elementos imperativos propias de la actividad profesional del operador jurídico, pueden lograr como consecuencia el surgimiento de conflictos éticos, lo que pone en movimiento el primer modelo de responsabilidad profesional que va a llevar al juzgador a identificar si se debe o no implicarse en cierta conducta y en caso afirmativo, hasta dónde. Por lo que la formación profesional es educar con y para la responsabilidad.

Competencia profesional

Este elemento de la ética profesional de los juzgadores demanda de estos el conocimiento del Derecho, las destrezas y actitudes para aplicarlo. Es decir que la competencia profesional implica la habilidad o capacidad para enfrentarse a los problemas y discernir las soluciones al momento de juzgar. Aquí radica la autoridad profesional y el valor social, lo que se traduce en el conocer, y saber hacer.

Por otro lado no se debe soslayar que cuando se requiere el servicio profesional de los jueces, se espera de éste no sólo el dominio de conocimientos teóricos y aplicarlos a un caso concreto, sino también una utilización adecuada de esa competencia mediante una conducta profesional ética o de corte humanista.

LA CIENCIA FRENTE A LA ÉTICA PROFESIONAL

El avance tecnológico no ha ido caminado de la mano con el desarrollo moral, el Estado invierte mucho recursos en la información técnica de los individuos y una mínima parte se invierte en la formación ética, siendo esta última trascendente para no formar excelentes técnicos profesionales sino en realidad operadores jurídicos humanistas y por ende se contaría con jueces éticos, ya que los trabajos profesionales se perciben como actividades de carácter científico-técnico con un soporte ético.

Hace algún tiempo, se advertía que la ciencia y la tecnología habían desbancado a los valores éticos, en todo momento se presentaban ante la sociedad como aquellos conocimientos confiables y productivos, con la capacidad necesaria para resolver la problemática que invade a la humanidad. Sin embargo y debido a los resultados actuales, se ha podido apreciar que la ciencia y tecnología ha sido utilizada para destruir, y otros inconvenientes novedosos que no son propios para resolver desde la perspectiva de la ciencia, lo que ha generado que se regrese al campo de la ética dentro de ese ámbito.

CONCLUSIONES

Primera: Uno de los fenómenos patológicos dentro de nuestro sistema jurídico o un tipo de *dispraxis* formativa (de segundo nivel no imputable al operador jurídico) se encuentra en materia de Derechos Humanos, ya que se identificó que en el sistema jurídico mexicano se está incumpliendo un compromiso internacional en cuanto a la formación en materia de derechos humanos, lo cual permea en la percepción de los ciudadanos hacia sus funcionarios de forma negativa, esto hace endeble la estabilidad institucional en nuestro país.

Segunda: La sociedad contemporánea presenta una serie de factores que originan una problemática global compleja, misma que desencadena un desorden social, en esta tesitura el papel de los profesionistas es trascendente, ya que de estos depende el plantear científicamente soluciones reales a tales inconvenientes. Por ello es fundamental que la formación profesional de los juzgadores sea integral, es decir, que la formación no sólo implique la integración de conocimientos, habilidades y destrezas sino también actitudes y valores éticos, lo que se traduce que el profesionista debe

en primer lugar contar con los conocimientos técnicos, la destreza para saber aplicarlos, además de aplicarlos bien.

Tercera: Los profesionales de una ciencia son corresponsables de los problemas complejos que aquejan a la sociedad contemporánea y la deficiencia en la formación académica es un problema real importante, ya que el modelo positivista que se aplica en los centros de enseñanza ha caducado.

Cuarta: Se considera que la ética profesional en la formación de los operadores del derecho y sus procesos de actualización no es suficiente en la eficacia de un sistema jurídico que pretende abonar a la cultura de la paz y el fortalecimiento del tejido social mediante políticas humanistas atendiendo a los estándares internacionales.

REFERENCIAS

1. Aristóteles (2004). *Ética Nicomaquea*, Versión española. México: Porrúa.
2. Cortina, A. (2000). *Ética Mínima, Introducción a la Filosofía Práctica*. España: Tecnos.
3. Hirsch, A. (2003a). Ética Profesional como Proyecto de Investigación. *Teoría de la Educación. Revista Interuniversitaria*, (15), pp. 235-258. Recuperado de: <http://revistas.usal.es/index.php/1130-3743/article/view/3048/3081>.
4. Hirsch, A. (2003b). Elementos Significativos de la Ética Profesional. *Revista Reencuentro*, pp. 8-15. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=34003802>.
5. Hirsch, A. (2004). Utopía y Universidad. La enseñanza de Ética Profesional. *Revista Reencuentro*. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=34004105>.
6. Hortal, A. (2002). *Ética General de las Profesiones*. España: Centros Universitarios de la Compañía de Jesús, Bilbao.
7. Ibarra, G. (2005). Ética y Formación Profesional. *Revista Reencuentro*. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=34004303>.
8. Lozano, J. (2000). Pedagogía de la Ética de la Ingeniería. *Revista Educación y Pedagogía*, (XII) 28, pp. 59-67.
9. Martínez, A. (2006). *Ética y Axiología Jurídica*. México: Porrúa.
10. Martínez, L. y Zaragoza, L. (2018). La Dispraxis Jurídica: Una Revisión desde la Teoría de los Sistemas Jurídicos de Hart. *Revista Derecho y Cambio Social*, pp. 1-29. Recuperado de: http://www.derechoycambiosocial.com/revista054/LA_DISPRAxis_JURIDICA.pdf

11. México (2016). Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO). Recuperado de http://imco.org.mx/politica_buen_gobierno/indice-del-estado-de-derecho-2016-via-world-justice-project/.
12. Naciones Unidas (2012). Declaración de las Naciones Unidas sobre Educación y Formación en Materia de Derechos Humanos. Naciones Unidas. Recuperado de http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/137&Lang=S.
13. Oropeza, A. *Ensayo sobre los Valores Éticos del Licenciado en Derecho de la UNAM*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
14. Ramírez, H. (2008). Derecho y Ética, Convergencias para la Formación Jurídica. *Revista Dikaion*, (17), pp. 49-69.
15. Reyes, F. (2010). *Presentación del libro, Alterados, Preguntas para el Siglo XXI*. Recuperado de: <http://www.youtube.com/user/gruposantillanamex/videos?query=alterados>.
16. Rojas, M. (2009). No el Abogado, Mejor el Doctor. La Imagen Social del Profesional en Derecho. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, pp. 281-298. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73313667010>.
17. Savater, F. (2012). *Ética de Urgencia*. México: Planeta.
18. Savater, F. Aristóteles (2011). *La Aventura del Pensamiento*. Recuperado de <http://www.xn--pens-8na.com/2011/11/la-aventura-del-pensamiento-con.html>.
19. Vázquez, M. y Zapata, V. (s.f.). *Ética en el Poder Judicial de la Federación*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), pp. 59-102.

Democracia, mujeres y LGBTTTI en México: Una reflexión histórica cultural

Democracy, women and LGBTTTI in Mexico: A cultural historical reflection

BELÉN BENHUMEA BAHENA*

Resumen

El objetivo de este artículo es examinar los retos para el pleno ejercicio democrático de las mujeres y la comunidad LGBTTTI dentro del sistema patriarcal consolidado en el siglo XIX mexicano. Se partió de la historia cultural como metodología histórica para explicar la consolidación patriarcal y el legado de los estereotipos masculinos como base para la desigualdad en el proceso democrático, tanto de las mujeres como de la comunidad LGBTTTI en México. Existe una necesidad urgente de reconstrucción de la identidad masculina, para que ésta no esté basada en la idea de la superioridad del hombre sobre la mujer y sobre otros varones considerados “menos hombres”, sino en la equidad, por ejemplo, liberando a los varones de la presión de ser proveedores, incentivando con ello que las mujeres trasciendan su propio techo de cristal y protegiendo a la comunidad LGBTTTI contra el sistema patriarcal, machista.

Palabras clave

Democracia, mujeres, LGBTTTI, historia cultural, patriarcado.

Abstract

The objective of this article is to examine the challenges for the full democratic exercise of women and the LGBTTTI community within the consolidated patriarchal system of the 19th century in Mexico. It started with cultural history as a historical methodology to explain patriarchal consolidation and the legacy of male stereotypes as a basis for inequality in the democratic process of both women and the LGBTTTI community in Mexico. There is an urgent need to rebuild male identity, so that it is not based on the idea of the superiority of men over women and other men considered “less men”, but in equity, for example, freeing men of the pressure to be suppliers, encouraging women to transcend their own glass ceiling and protecting the LGBTTTI community against the patriarchal, macho system.

Key words

Democracy, women, LGBTTTI, cultural history, patriarchy.

*Doctora en Humanidades Estudios Históricos por la Facultad de Humanidades, Universidad Autónoma del Estado de México. Docente de la Facultad de Humanidades, Universidad Autónoma del Estado de México, México. ORCID: Sin ORCID. Correo electrónico: beli_or-denypgreso@yahoo.com.mx



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

INTRODUCCIÓN

La democracia no sólo implica el conjunto de reglas que regulan la participación política y la toma de decisiones de una sociedad, sino la forma de organización social en la que la participación activa y consciente hace posible el ejercicio de derechos políticos de manera individual y colectiva (Fernández, 2012, p. 13). Sin embargo, el pleno ejercicio democrático en México está marcado por la desigualdad y discriminación que hoy enfrentan tanto a las mujeres como la comunidad LGBTTTI (Lesbianas, Gays, Bisexuales, Travestís, Transexuales, Transgénero e Intersexuales).

Es inconcebible, pero real, que exista un sistema democrático que involucre desigualdad de trato justificando la exclusión al acceso a derechos y oportunidades cuando el objetivo ideal de la democracia —como gobierno de las mayorías— involucra el pleno desarrollo del bienestar social y la igualdad (Montesinos, 2010, p. 55). De acuerdo con la democracia liberal se trata de “brindar a sus miembros una constante oferta de oportunidades para aprender una cultura ciudadana que al ser liberal, propugna por la igualdad, la justicia y, sobre todo, la solidaridad” (Montesinos, 2010, p. 56). La sociedad mexicana, en general, tiene una fuerte responsabilidad de participación democrática, un poder:

Que es transferido a los representantes del pueblo, y que éstos lo ejercen en su nombre, a su favor, propiciando el mínimo bienestar social. La construcción de un sistema político realmente democrático ha sido muy larga y, quizá, todavía estemos lejos de alcanzar los ideales del liberalismo político que nos heredó la Ilustración. La sociedad moderna se va construyendo; el Estado de Derecho en el que se van a recrear las relaciones de los individuos, nueva figura social que defiende el sistema democrático en ciernes y el Estado (Montesinos, 2010, p. 56).

Sin embargo, se requiere una cultura y un entendimiento distinto, un posicionamiento personal frente a esta realidad y a la necesidad de transformarla y asumirla por hombres y mujeres como sociedad y por las instituciones del Estado (Fernández, 2012, p. 13). En este tenor, es importante reflexionar sobre los ámbitos: público y privado, de lo macro y lo micro enmarcados en el contexto histórico que ha heredado esa incomprensión del *otro*. La esfera pública refleja la esfera privada y, por ello, es notable que las desigualdades en una se evidencien en la otra; por lo tanto, las democracias actuales en América Latina son democracias incompletas (Fernández, 2012, p. 12).

Para comprender la desigualdad y discriminación que padecen las mujeres y la comunidad LGBTTTI en el proceso democrático mexicano, es importante re-

flexionarlo desde la perspectiva histórica y de género. El proceso histórico revela “una contradicción entre el *ideal de la democracia* y la *práctica política* de quienes se encuentran en el poder como élites que perduran en el tiempo, heredando su posición de generación en generación, sea por los vínculos de parentesco, clase social o grupo cultural” (Montesinos, 2010, p. 56). Precisamente este texto examina esa herencia cultural en el ejercicio y administración del poder y la democracia, a través de la discusión teórica de la historia cultural.

CONTENIDO: HISTORIA CULTURAL Y GÉNERO

La historia cultural retrata patrones de pensamientos y los sentimientos característicos de una época y sus expresiones o encarnaciones (Burke, 2006, p. 22). De acuerdo con Burke, el historiador es quien debe descubrir estos patrones culturales a través del estudio de temas, símbolos, sentimientos y formas —o patrones de conducta—.

Asimismo, se da cuenta de las formas y patrones de conducta heredadas y se examinan como un conjunto de características que ciertamente constituyeron y legaron una serie de comportamientos y actitudes en el universo: político, social y económico. El elemento *cultural* en el tiempo y espacio es clave para estudiar las formas o patrones de conducta que permiten reconocer que los *otros* también son fuente de información, cuyos comportamientos dan cuenta de su existencia y, en este caso, también es importante reflexionar esa herencia cultural desde la perspectiva de género.

Como lo refiere Gabriela Cano y Georgette José Valenzuela en los años noventa del siglo xx, los historiadores de la cultura propusieron ir más allá de los estudios de caso ensayando interpretaciones más finas del estudio de la sociabilidad de los sujetos, incorporando perspectivas analíticas de género (Cano, 2001, p. 11). Se tomaron en consideración los “temas”, “símbolos”, “sentimientos”, así como las formas o patrones de conducta que definirán la identidad.

Procesos en los que el individuo “en ejercicio de su libertad que le concede un sistema democrático expresa su voluntad, sus preferencias políticas, y diríamos hasta sexuales. Y ese derecho que el Estado democrático concede a cada individuo, constituye una obligación para esa emulación moderna del poder. Se trata, entonces, de mirar más allá de lo estrictamente electoral y considerar a la democracia como un sistema tan complejo que vincula a la política con lo económico, y a estos con la cultura” (Montesinos, 2010, p. 57).

En este tenor, “el poder, que de acuerdo con Bourdieu también es simbólico, está directamente relacionado con la democracia, se trata de este poder invisible que sólo puede ejercerse con la complicidad de quienes no quieren saber que lo sufren o incluso lo ejercen” (Montesinos, 2010, p. 60).

Con base en lo anterior, este proceso se examina en dos partes: quien lo ejerce y quien se sujeta a él. “El poder simbólico es *invisible* para quien lo posee y para quien lo sufre, pero marca la forma de relación. Alude, por tanto, a los registros del subconsciente de una y otra parte, respondiendo al mandato social de la cultura” (Montesinos, 2010, p. 60). Ahora bien, ¿Cómo se relacionan las mujeres y la comunidad LGBTTTI en el ejercicio del poder y de la democracia?

Pues bien, la historia cultural muestra que el movimiento feminista, el proceso que las mujeres tuvieron que pasar para adquirir la toma de conciencia –principalmente el de los años 60– cuestionó y sigue cuestionando ese ejercicio del poder. El feminismo como forma de lucha social ha exigido el pleno ejercicio de la democracia. “Las modernas luchas sociales por la democracia demuestran cómo lo político alcanza el espacio privado, cómo lo personal se politiza, y así las demandas políticas que demandan igualdad entre los géneros acompañan la difícil empresa de construir sistemas sociales verdaderamente democráticos” (Montesinos, 2010, p. 57). De esta manera:

La democracia retoma enfoques *feministas* que representa una vía más que experimentó la lucha por la democracia en los años sesenta. Y por tanto, hace obvio cómo este complejo proceso político y sociocultural representa una crítica a la democracia liberal, así como una demanda social que exige igualdad y respeto a la dignidad humana (Montesinos, 2010, p. 55).

El feminismo heredó a la humanidad y a la historia la categoría de *género* entendido como: “aquellos sistemas de creencias o prácticas que determinan identidades individuales o colectivas que forman las relaciones consideradas naturales, normativas o evidentes de por sí entre individuos con las colectividades y con su mundo” (Scott, 1996, p. 62). En este tenor “el poder ideológico descansa, en el caso de las relaciones de género, en el terreno de la cultura dominante, de una cultura que, fuera de lo público, impone una forma de pensar, misma que se constituye en el referente colectivo de una conducta que socialmente es aceptada” (Montesinos, 2010, p. 59).

De esta manera, el género “es central tanto para el feminismo, las investigaciones sobre las mujeres, la comunidad LGBTTTI como para el estudio de los hombres y las masculinidades debido a la claridad con que evidencia de qué forma la sociedad se organiza de manera binaria y oposicional” (Ortiz, 2009, p. 45). Esta perspectiva ha revelado cómo se construyen culturalmente características específicas atribuibles a la masculinidad y a la feminidad.

Es importante señalar que los procesos binarios y oposicionales del género provocan conflictos adicionales cuando existe desacuerdo entre la identidad generada en la institución y aquella desarrollada en la práctica profesional, o bien, la identidad propia en oposición a “la atribuida” por los *otros*; lo que desencadena una lucha entre la aceptación de la identidad imputada y el deseo de construir la propia identidad (Gewerc, 2001, p. 6). En este proceso resalta la notable inequidad: “la igualdad formal que otorga la ley ha sido utilizada para ocultar las desigualdades que hay en otros espacios. Las cuotas de género son un paso necesario para equilibrar la balanza, pero se enfrentan a muchos prejuicios, barreras, simulaciones y hasta denostaciones” (Fernández, 2012, p. 11).

Con base en lo anterior, las relaciones entre las identidades heredadas, aceptadas o rechazadas, y la identidad vivida en continuidad y ruptura con las preexistentes, dependen de los modos de reconocimiento y la legitimación de las instituciones. Este punto de vista puede concebir el análisis de las identidades como una negociación permanente determinada por el contexto y las circunstancias del sujeto; es decir, relaciones de poder.

“Esta complejidad se refleja en las relaciones de los géneros, sobre todo si se piensa en las estructuras mentales que legitima una cultura tradicional, donde se

construye sobre el cuerpo masculino –heteropatriarcal– una representación social del poder; es decir, por el sólo hecho de ser varón se ejerce el poder sobre quienes son *diferentes*” (Montesinos, 2010, p. 60). A continuación se presenta la base histórica que delimitaron los estereotipos de género presentes en la actual sociedad mexicana.

PATRIARCADO Y LOS ESTEREOTIPOS MASCULINOS DURANTE EL SIGLO XIX MEXICANO

Las identidades de género se constituyen de generación tras generación, ellas se construyen por cada generación sobre la base de categorías y posiciones heredadas de la precedente; pero también, a través de estrategias identificatorias desarrolladas dentro de las instituciones que atraviesan a los individuos. Estas identidades tienen una importancia particular en el campo de trabajo, el empleo y la formación, ya que actúan como fuentes de reconocimiento de la personalidad y atribución de estatus social (Gewerc, 2001, p. 6).

En este tenor, el patriarcado ha sido la base del sistema ideológico, político, social y cultural que ha influido a la sociedad mexicana desde siglos atrás. En su sentido literal –el patriarcado– significa gobierno de los padres. Históricamente, el término ha sido utilizado para designar un tipo de organización social en el que la autoridad la ejerce el varón jefe de familia, dueño del patrimonio, del que formaban parte los hijos, la esposa, los esclavos y los bienes. La familia es, claro está, una de las instituciones básicas de este orden social (Fontela, 2008).

La sociedad patriarcal se ha constituido como el principal referente de la modernidad –de sociedades como la mexicana–, “su capacidad es reconocida institucionalmente y ha vencido muchas de las resistencias que hoy todavía opone la tradición” (Montesinos, 2010, p. 58). De esta manera, el poder masculino no tiene una legitimación institucional, sino cultural:

No es legal pero es aceptado por todos los miembros de una comunidad. Por tanto, es legitimado como práctica social, como un valor aceptado por la comunidad y que es sancionada si alguno de sus miembros la transgrede. Es la cultura tradicional la que coloca al varón como jefe de familia, en la medida en que es el proveedor económico de la familia nuclear (Montesinos, 2010, p. 59).

Con base en lo anterior, el género ha incorporado en sus estudios a las masculinidades. La masculinidad no sólo da cuenta de los significados asociados al hecho de *ser hombre*, sino también en las formas en que el varón ejerce el poder y cómo éste se incorpora en las estructuras e instituciones sociales.

Se trata del análisis del *varón* como un nuevo sujeto y objeto de estudio precisando cómo el involucramiento masculino ha estado implicado en: el gobierno, el diseño de políticas y servicios, así como en las relaciones personales y familiares que afectan y controlan la vida de las y los otros.

¿Qué se entiende por masculinidades? Matthew C. Gutmann define a las masculinidades en cuatro variables; el primero se refiere a cualquier cosa que los hombres piensen y hagan; el segundo lo define como todo lo que los hombres piensen y hacen para ser hombres; el tercero plantea que algunos hombres inherentemente

o por adscripción, son considerados “más hombres” que otros hombres y, el último concepto referido por el autor, propone que la masculinidad es cualquier cosa que no sean las mujeres (Gutmann, 1997, p. 13).

Las relaciones jerárquicas vinculadas con las masculinidades, se trata del: “reconocimiento de relaciones de poder desigual entre hombres y mujeres (...) asimismo, a la interacción individual de los sujetos dentro del entramado de complejas relaciones institucionales para dar cuenta de procesos” (Ortiz, 2009, p. 43). Estos tienen que ver con cuestiones: políticas, económicas, sociales y culturales, dependiendo de las circunstancias a las que se enfrente el individuo. Entonces los hombres pueden justificar sus acciones, a través del tiempo, por el sólo hecho de ser varones y por tanto tener las prerrogativas del poder patriarcal. En nuestro vivir cotidiano hemos escuchado frases como “es que es hombre” “tenía que ser hombre” “él es el hombre” “pues es hombre” como justificación o razón de ciertas conductas y acciones. Respecto a la segunda definición: “cualquier cosa que los hombres piensen y hagan para ser hombres”.

Respecto a la definición de “que algunos hombres son considerados *más hombres* que otros hombres”, la influencia que tuvo el *darwinismo social* y su ley del más fuerte. Es decir, el individuo apto es quien “sobrevive” o en otras palabras es quien se impone sobre el resto (...) que hombres “más fuertes” o “aptos” imponen sobre los otros. Finalmente, sobre la noción de que la masculinidad “es cualquier cosa que no sean las mujeres” cobra sentido en la sociedad decimonónica excesivamente centrada en lo masculino, en la acción de los varones. A través de la historia se pueden observar los procesos importantes que trastocan el devenir social como el Estado, los negocios, las leyes, la política, el ejército, entre otros; todos ellos y espacios netamente masculinos.

Queda claro el nulo o escaso reconocimiento femenino o identidades de género que no responden al estereotipo de *varón*, tal pareciera que el hecho de ser mujer es sinónimo de inferioridad. Estas cuatro nociones de masculinidades parten desde una perspectiva antropológica. Por otro lado, desde la sociológica y psicológica, las masculinidades pueden entenderse como “un conjunto de prácticas sociales—culturales, políticas, económicas, entre otras— mediante las cuales los hombres son configurados genéricamente. A partir de esto se reconocen a sí mismos y son reconocidos como hombres en contextos y realidades diversas, en las que intervienen factores como las culturas, las clases, las etnias, las sexualidades, las lenguas, las modalidades y los niveles escolares y laborales” (García Villanueva, 2010, p. 87), entre otros.

Tomando en cuenta los conceptos mencionados se muestra que, desde la historia, cada masculinidad responde a su tiempo y espacio específico. Es importante señalar que la categoría de masculinidad está inmersa en las masculinidades hegemónicas y subalternas. En primer lugar, la masculinidad hegemónica corresponde a aquel proceso en el que grupos particulares de hombres encarnan posiciones de poder y bienestar y cómo legitiman y reproducen las relaciones sociales que generan su dominación.

Una de las características importantes en este tipo de masculinidad es la restricción emocional de sentimientos y emociones, puesto que en el hombre son signos de feminidad y, —de acuerdo con el contexto— deben de evitarse por considerarlos inferiores a los rasgos de masculinidad (García Villanueva, 2010, p. 92).

En este sentido, la masculinidad se construye y hay que demostrarla “siendo un hombre de verdad” al demostrar entre otros aspectos, tener siempre la razón. Los representantes de la masculinidad hegemónica o dominante siempre tendrán

la razón —de acuerdo con la lógica del momento— esta característica implica un pensamiento descorporalizado y desconectado de la vida emocional, en el que, lo emocional es visto como inferior —y femenino—. Por lo tanto, se debe ejercer ese poder en la sociedad; dado lo anterior, se comprende que el ejercicio del poder está estrechamente ligado a la dominación, no sólo de las mujeres sino de todos aquellos hombres *feminizados* —enfermos, ancianos, homosexuales, ignorantes, entre otros—. Otras características de estas masculinidades tienen que ver con el ejercicio de la violencia, la heterosexualidad obligatoria y la fuerza física, entre otros aspectos (García Villanueva, 2010, p. 93).

De acuerdo con los ideales hegemónicos o dominantes de ser varón, aquellos que “no son hombres”, ya sea por su preferencia sexual o bien por la expresión de sus sentimientos —que no estén justificados en un contexto aceptado para hacerlo—, son *afeminados*, *mujeriles*, *maricones*, entre otros adjetivos peyorativos vinculados con lo femenino, los cuales reflexionaremos más adelante, dado que, lo que hoy identificamos como homosexualidad, fue transformándose en un crimen durante la segunda mitad del siglo XIX mexicano, en especial, durante el porfiriato (1876-1911).

La expresión del afecto y de las emociones entre hombres heterosexuales, solamente era y es válida en, lo que los especialistas en género llaman *homosociabilidad* en la que los varones demuestran sus afectos y sentimientos (González, 2010, p. 37), enmarcándose perfectamente con la práctica de la cortesía y las buenas maneras. En este sentido, la amistad se convirtió en una herramienta útil en el ejercicio del poder, era una práctica frecuente entre los hombres de poder y con poder. Por ejemplo, a través del “conjuntos de relaciones diádicas” de patrones, padrinos, mentores y compañeros, los miembros de las élites mexicanas obtenían trabajo e intercambiaban información, lealtad, favores y recursos que les permitían sobreponerse a condiciones adversas (Macías, 2008, p. 22).

De esta manera encontramos que durante el siglo XIX, se entendía la amistad como una relación recíproca de amor, benevolencia y confianza entre personas que se querían y estimaban profundamente, y que, mediante relaciones estrechas, alcanzaban un estado de autorrealización y plenitud (Macías, 2008, p. 30).

Tanto entre hombres de edad, clase, jerarquía y fortuna similares como dispares, y con variaciones que iban de lo momentáneamente conveniente a lo longevo, las relaciones amistosas proveyeron un medio para el intercambio mutuamente beneficioso del capital cultural, social y político. Se fomentaba una forma de afecto fraternal que proporcionaba cohesión social y estructuraba las nociones del deber, el honor y la lealtad, creando así un sentimiento de identidad, de responsabilidad intensa y dedicación compartida a través de la cual se lograba el éxito personal en la Iglesia, en las fuerzas armadas o en el Estado (Macías, 2008, p. 25).

De esta manera se fabricó un proceso relacional entre los varones, buscando, de manera directa o indirecta, la aprobación homosocial de los otros hombres. Esto se reflejó cuando un sujeto masculino ponía en escena su hombría para impresionar a los pares o para distanciarse de los grupos que carecían de ella o estaban vinculados con las masculinidades subalternas o subordinadas.

Asimismo, la heterosexualidad obligatoria es otra característica de las masculinidades dominantes (García Villanueva, 2010, p. 92). A lo largo del siglo XIX, aquel hombre que optara por la soltería era menospreciado dentro de la categorización social de la masculinidad dominante. Al varón soltero —por circunstancias o por elección propia— se le consideraba *fatuo* por eludir las responsabilidades sociales del matrimonio o la familia lo cual le quitaba méritos dentro de los parámetros de

medición de la hombría, circunstancia que ha trascendido hasta la sociedad mexicana actual.

Se hacía referencia al hombre viril –fuerte y contenido, sano y disciplinado, productivo y centrado– conveniente también a la nueva ética del trabajo y la productividad. La moderna sensibilidad burguesa podía acomodarse a las empaaduras marciales o a la permisividad del *laissez faire*. Después de todo, era una cuestión de saber posar o asumir (González, 2010, p. 39) aquellos ideales de masculinidad.

Así, la masculinidad era la fuerza de la civilización y la modernidad (Peluffo, 2010, p. 16). Los varones letrados e intelectuales fueron los protagonistas de la política del México decimonónico, la mayoría de ellos ostentaban una masculinidad marcial, viril, coqueta y elegante (Macías, 2008, p. 27).

La heterosexualidad será fundamental como legado patriarcal, porque deja en subordinación a los hombres homosexuales por contener aquello que la masculinidad dominante rechaza y por el aspecto femenino que también se encuentra en subordinación—. A lo largo del siglo XIX mexicano, y en especial hacia la segunda mitad, aquél hombre que optara por la soltería –a no ser que fuera seminarista o sacerdote ideal del *varón religioso* o *clerical*– era menospreciado dentro de la categorización social.

Al varón soltero –por circunstancias o por elección propia– se le consideraba fatuo por eludir las responsabilidades sociales del matrimonio o la familia, lo cual le quitaba méritos dentro de los parámetros de medición de la hombría (García, 2010, p. 92).

El *solterón* era sospechoso y se le etiquetaba como impotente, neurótico o desviado; al estar solo, se conjeturaba que este hombre realizaba labores femeninas como cocinar, lavar ropa, hacer aseo de su casa, entre otras actividades “inferiores” que lo degradarían como varón. Sin embargo, su condición social inferior resultaría contradictoria, pues a pesar de que tuviera solvencia económica que le permitiera ser independiente, tal vez no alcanzaría para el reconocimiento como hombre (Moreno, 2007, p. 66) –Insistimos, a menos que se dedicaran a la vida religiosa en donde estas “labores femeninas” eran parte del aspecto cotidiano y servicial del clérigo–.

Los *solterones* ampliaron horizontes de desarrollo masculino sin verse obligados al matrimonio o a la procreación, el cuestionamiento de su hombría y de su preferencia sexual legitimaba su subordinación dentro de la jerarquía social masculina –patriarcal y heterosexista–, pero finalmente, no todos los solterones eran homosexuales; no obstante, es importante señalar que varios homosexuales recurrieron al matrimonio para “curarse del mal” o evitar el desprestigio social y la censura (Moreno, 2007, p. 67) como parte de la conformación de ciudadanos *varones modernos* y de hombres apegados a los designios idealizados por la elite urbana.

Los varones de la elite *debían ser* heterosexuales para demostrar que no había “desviación en su masculinidad” y así constituirse como verdaderos hombres que, literal: “harían patria” porque al tener una descendencia numerosa “nadie pondría en duda” su virilidad y honorabilidad.

Ahora bien, respecto a las masculinidades subalternas o subordinadas, éstas están representadas por aquellos individuos sujetos al poder de las masculinidades dominantes, y que –en la mayoría de los casos– no cumplían y no cumplen con los estándares o prototipos construidos por las dominantes (Ramírez, 2006, p. 41). De esta manera, el ámbito masculino define atributos *propios de los hombres* e impone

mandatos que se espera tanto de ellos como de los *otros*. Esta categoría de análisis también implica elementos de subjetividad en los que se aprecian contradicciones en los individuos opuestas al modelo dominante del *deber ser*. Es precisamente el ideal del *varón moderno*, el que se difundió hacia la segunda mitad del siglo XIX mexicano impactando a la sociedad mexicana actual, este modelo de *ser varón* como sinónimo del *deber ser* masculino se reflejó en la sobrevaloración de ciertos atributos y patrones conductuales y la negación de otros tanto en el ámbito privado como en el público.

Con el ideal del *varón moderno* se intentó perpetuar la superioridad incuestionable de los varones, socialmente reconocidos, sobre los *otros* considerados “inferiores”. Este ideal de *ser hombre* estuvo dentro de una estructura de poder y se manifestó en las relaciones de opresión-subordinación, posición económica, doble moral, poder adquisitivo, incluso preferencia o rol heterosexual, entre otros aspectos. Asimismo, el *varón moderno* evitaba el cuestionamiento y conseguía tanto el respeto como el seguimiento por parte de los demás, principalmente, además de invisibilizar a los otros e imponer mecanismos de represión –aleccionamiento y restricción– (Moreno, 2007, p. 31).

Lo anterior evidenció las marcadas diferencias existentes entre los sectores sociales anteponiendo un tipo de hombres –líderes– sobre los demás, valorizando, estableciendo o rechazando, por no ser funcionales, ciertos comportamientos, prácticas y formas del *deber ser*. Esta anteposición y sobrevaloración de un tipo de hombres entre sus congéneres, es lo que legitimaría la existencia de una forma adecuada, normal, única de ser hombre, de ser un *varón moderno*, de vivir la masculinidad y de ser el garante del orden social y de la reproducción- conservación de ese modelo de varón y de la modernidad.

Todo lo anterior cobra sentido al examinar que el siglo XIX mexicano es un siglo masculinizado –debido a que toda la atención política se concentró en la creación del Estado y sus instituciones–. Es decir, el “acto performativo” de la masculinidad, se constituyó en el constructo sociocultural de identidad por medio de una serie de prácticas consideradas como “naturales” en el discurso de poder (Butler, 1990, p. 23).

En este tenor, la masculinidad tuvo como marco varios espacios principales como: el Estado, la guerra, el gobierno, la iglesia, la hacienda, pero también, en espacios cotidianos como la oficina de trabajo, las instituciones educativas y administrativas, los centros homosociales como los clubes, tabernas, cafés, cenáculos letrados, la calle y en la esfera privada en la cual el varón es la autoridad máxima, entre otros (Peluffo, 2010, p. 17). En todos estos espacios el ejercicio del poder se reflejó en la toma de decisiones a través de ideales predominantes de masculinidad.

Los procesos históricos adyacentes que marcaron gran parte de la estructura político-social del México decimonónico, en especial de la segunda mitad, implicaron ideologías que se concretaron en instituciones. Tal fue el caso del Estado-nación moderno que buscó lograr la igualdad de derechos para todos los hombres; es decir, los ciudadanos no sólo tendrían derecho a participar en la elaboración de leyes, acceso a cargos públicos, con base en el talento, sino también tendrían acceso a la libertad de expresión, o al menos eso se pretendía.

El *deber ser* nacionalista estaba basado en los derechos individuales y lealtad a la nación. Dicho compromiso implicaba que los sujetos estarían dispuestos a morir por su patria, asimismo, se implementó el deber ser decoroso acorde con las altas

normas de civilidad y urbanidad, así como el deber ser educado y culto, principalmente en la elite.

Por otro lado, estaba el respeto a las leyes y las instituciones –de lo contrario, existía la sanción–. Sin embargo, lograr ese *deber ser* no era algo que se adoptara de la noche a la mañana y en todos los estratos sociales, las prácticas y conductas implicadas en la asimilación de “lo moderno” significaron una lucha individual entre los sujetos y su contexto.

MUJERES Y COMUNIDAD LGBTTTI: RETOS PARA EL EJERCICIO DE LA DEMOCRACIA

Como se aprecia la estructura decimonónica mexicana consideró la creación de un nuevo orden social, resaltando, entre otros aspectos, la configuración de las identidades y estereotipos de género. Las mujeres estarían ligadas a lo afectivo, maternal y sentimental; el varón desde joven debería apreciarse como conquistador, guerrero, patriota defensor; un héroe ciudadano. Estos elementos son los que se adoptarían en la configuración del *varón moderno* del siglo XIX mexicano, un ideal dominante de hombre citadino. Se trata del varón público, productivo, económico, trabajador, proveedor, protector –como lo examinamos en el rol de esposo y padre más adelante– y urbanizado; ideal que se desempeñaría en dos procesos importantes: en el político- cultural vinculado con el Estado-nación y con el económico- progresista relacionado con el mundo laboral y la industrialización inmerso en relaciones de poder.

Y si cualquiera dejaba de cumplir con las expectativas creadas para cada uno de ellos a través de los estereotipos que avala la cultura, los individuos se exponían, como ahora, a las diferentes sanciones que la sociedad impone a todos aquellos que transgreden el orden establecido (Montesinos, 2010, p. 60). Este es el sistema patriarcal y masculinizado al que se han enfrentado las mujeres y la comunidad LGBTTTI en aras del ejercicio de la democracia. A partir del movimiento feminista,

La misma mujer y la propia sociedad, van construyendo sobre la figura femenina una forma de expresión del poder; la mujer construye los cimientos que le permiten proyectarse como una posible imagen del poder simbólico. La modernidad ha hecho posible que la mujer acceda al capital intelectual al que se refieren tanto Bourdieu como Bobbio: uno aludiendo al conocimiento cultural que pueden manejar los individuos, de tal forma que sus personas se constituyen en una representación social de conocimientos o habilidades que son socialmente valorados; y el otro considerando la capacidad de un individuo o un grupo de hacer valer ante los demás las formas que tienen de concebir lo que es la realidad social (Montesinos, 2010, p. 61).

La lucha feminista ha abierto brecha para el ejercicio del poder, para poder participar de la democracia pese a los obstáculos reflejados en los estereotipos de género por parte de la sociedad y de las autoridades representantes de las instituciones mexicanas. La violencia que enfrentan las mujeres en el ámbito doméstico en Mé-

xico, “los maltratos físicos hasta el feminicidio es alarmante, los altos índices de violencia se deben a la mayor valoración social de los hombres, lo cual lleva a la exacerbación de la misoginia y el sexismo como sistemas de creencias negativas sobre la mujer y lo femenino, provocando desigualdades entre hombres y mujeres que son consideradas por la sociedad como *naturales*” (Hernández, 2017, p. 226).

Por otro lado, gracias al feminismo y al género, actualmente, la comunidad LGBTTTI es visibilizada en México, se aboga por el pleno cumplimiento de sus derechos en políticos y humanos. Sin embargo, el sistema está impregnado de homofobia y odio, herencia de la historia patriarcal y machista.

A pesar de los avances en las políticas de inclusión de la diversidad sexual en nuestro país, todavía existe mucha discriminación a las comunidades lésbica, gay, transgénero, transexual, travesti e intersexual por no apegarse a la heteronormatividad (Hernández, 2017, p. 221) que se consolidó a lo largo del siglo XIX mexicano,

La homofobia es el odio, aversión, miedo, prejuicio irracional contra los homosexuales, la ideología de discriminación que lleva a la violencia contra las personas y las prácticas sexual y genéricamente diversas, y que tiene varios grados de expresión que van desde las burlas hasta la ejecución con saña extrema (2017, p. 221).

Con base en lo anterior, la denuncia, la reflexión y la discusión de cualquier hecho homofóbico es necesaria para llevar a cabo acciones contra esta práctica indeseable en todos los espacios de la vida social, desde los de la sociedad civil hasta los gubernamentales. El odio es una manifestación de poder de la ideología heterosexista inserto en todas las esferas, el cual cuenta con un amplio consenso social en nuestra cultura (Hernández, 2017, p. 222) como se examinó.

La desigualdad y discriminación en la comunidad LGBTTTI se traduce en un proceso de “deshumanización del otro que lo único que genera es el odio. Tal afán cobra gran importancia por sus repercusiones en la medida que es reproducido acríticamente por una gran parte de la población” (Hernández, 2017, p. 222). Es importante señalar que no sólo los homosexuales son víctimas de la homofobia, sino todas aquellas personas que no se adhieren al discurso del orden de los géneros —reforzado desde el siglo XIX mexicano—: “travestidos, transexuales, bisexuales, mujeres heterosexuales con una personalidad fuerte o varonil, hombres heterosexuales con una personalidad delicada, femenina o con gran sensibilidad, entre otros aspectos” (Hernández, 2017, p. 223).

El patriarcado fomentó y reforzó la homofobia, misma que no sólo afecta a los homosexuales, sino también a los jóvenes varones heterosexuales por estar en proceso de formación. Es necesario deconstruir esas estructuras profundas del patriarcado, desarticular ese esquema homofóbico de imposición y reproducción de la masculinidad hegemónica, el cual conlleva el miedo recurrente a ser catalogados y discriminados como “poco hombres” (Hernández, 2017, p. 223).

En la sociedad mexicana la homofobia es una práctica institucionalizada de manera imperceptible, por ser considerada *natural*, que se construye no sólo desde los medios, sino también desde el Estado, la Iglesia católica y la sociedad civil para violentar la vida de los demás. La homosexualidad constituye “una condición indeseable”, mientras que presentan a la heterosexualidad como algo “natural” (Hernández, 2017, p. 224). En la legislación mexicana la homosexualidad no es un

delito porque no existe la discriminación por preferencia sexual, sin embargo, en la práctica esto no se cumple,

Esta discordancia entre normatividad y realidad social se debe, en parte, a que en México existe una incipiente cultura de denuncia en cuanto a la discriminación, porque algunos actos no se perciben como tales. Por ello, analiza el contraste entre las normas federales y estatales, y la vida diaria de las personas sexualmente diversas, y pone énfasis en la responsabilidad ciudadana, más que en la política de cero tolerancia a la discriminación y el papel coercitivo de la ley, solicitadas por el Consejo Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación (CONAPRED) y las comisiones estatales de derechos humanos. Al respecto concluye: “es responsabilidad de la sociedad civil demandar radicalmente la revisión de los casos donde la aplicación del derecho produce homofobia” (Hernández, 2017, p. 225).

En la actualidad los diversos cambios sociales han llevado a una transformación en los roles del hombre y la mujer, y a un proceso de redefinición de las identidades femenina y masculina. Si bien en este cambio las mujeres han salido ganando al insertarse en la vida pública con mayor empoderamiento, realización personal, autoestima e independencia, no ha sido el mismo caso para los hombres, lo cual genera tensión en las relaciones y violencia masculina. De ahí que la violencia criminal que las mujeres viven está asociada con la sensación de pérdida de control de los hombres por el incremento de la participación de las mujeres en distintas esferas de la vida social, y por su percepción de estar conviviendo con un igual al ver a su pareja mujer realizar actividades mediante las cuales aparentemente está transgrediendo su género, lo cual cobra visos de homofobia (Hernández, 2017, p. 226).

CONCLUSIONES

Como se examinó a lo largo del artículo, los retos para el pleno ejercicio de la democracia en las mujeres y la comunidad LGBTTTI tienen su base en el sistema patriarcal fortalecido durante el siglo XIX mexicano, en especial, hacia la segunda mitad del mismo.

Es a través de la configuración de las masculinidades tanto hegemónicas como subalternas en el modelo del *deber ser* masculino del *varón moderno* donde encontramos los estereotipos que hoy constituyen “lo natural” en la identidad de hombres y mujeres. Quienes no respondan a este sistema establecido en seguida son sujetos de discriminación, desigualdad y odio.

Esta situación de discriminación se agudiza con el fenómeno de la violencia de género que, enmarcado en un contexto de violencia como el que priva en nuestro país, es una sombra que se cierne amenazante sobre las posibilidades de cambio ¿Cómo pensar en garantizar el pleno desarrollo de los derechos políticos y humanos en el proceso del *ser* contra el *deber ser*?

Uno de los retos por afrontar para brindar soluciones a esta circunstancia es concretar la obligación del Estado de enfrentar la desigualdad con políticas públicas que sean, en sí mismas, medidas para la igualdad sobre todo en ámbitos que han sido masculinizados.

Existe una necesidad urgente de reconstrucción de la identidad masculina, para que ésta no esté basada en la idea de la superioridad del hombre sobre la mujer y sobre otros varones considerados “menos hombres”, sino en la equidad, por ejemplo, liberando a los varones de la presión de ser proveedor, incentivando con ello que las mujeres trasciendan su propio techo de cristal y protegiendo a la comunidad LGBTTTI contra el sistema patriarcal, machista.

Como se examinó a partir de la historia cultural, es importante reformular la cultura y, de la misma forma, entender las transformaciones que se derivan de este complejo proceso social, por ejemplo, la redefinición de las relaciones entre los géneros tanto en la esfera privada como pública.

Asimismo, resulta indispensable revisar la historia de la sociedad mexicana en materia de género para comprender la conformación de los estereotipos y poder aplicar políticas que se adapten a las necesidades actuales de la sociedad mexicana. Los comportamientos, actitudes, símbolos y valores pueden transformarse hacia una mayor participación democrática basada en la libertad, igualdad y justicia.

Se trata de generar nuevas interpretaciones sobre los géneros; la cultura también se somete a un cambio a partir del cual se transforman los símbolos, los procesos que se transmiten de generación en generación para definir las personalidades de hombres y mujeres, los roles que se les asignan a quienes pertenecen a su género su clase social, raza, credo religioso, creencia política, entre otras variables.

Asimismo, es indispensable crear y consolidar procesos de deconstrucción de la homofobia en los actos más cotidianos e invisibles, y lograr la visibilización y ruptura del silencio como medidas anti homofóbicas. Resaltar que la homofobia es un proceso que no sólo afecta a los homosexuales, sino a toda la sociedad mexicana en general porque está ligado a otros procesos sociales de discriminación, exclusión y opresión como la misoginia, el sexismo, el machismo, la violencia intrafamiliar, los feminicidio y otros aspectos.

Lo anterior también constituye un cambio cultural, el cual devenga en una mayor responsabilidad y participación de la sociedad civil. Como sociedad se trata de exigir una adecuada procuración de justicia basada en las leyes antidiscriminatorias que existen, así como en la formulación de la normatividad faltante a nivel federal. Del mismo modo, la creación de políticas públicas que defiendan los derechos de las personas sexualmente diversas y en la conveniencia de replicar las experiencias exitosas que al respecto se han obtenido (Hernández, 2017, p. 227).

En el ámbito académico y de investigación es importante realizar investigaciones basadas en el conocimiento científico y humanístico, que permita “desmontar de manera fundamentada y con argumentos los mitos en relación con la homofobia en los diversos espacios de la sociedad mexicana, esto constituiría un excelente sustento empírico en el impulso de políticas públicas y de legislación para el respeto de los derechos humanos, civiles y sexuales de las personas de las comunidades sexual y genéricamente diversas” (Hernández, 2017, p. 227).

Todo lo anterior resulta indispensable tanto para las mujeres como para la comunidad LGBTTTI hacia el pleno ejercicio de la democracia en México.

REFERENCIAS

1. Burke, P. (2006). *¿Qué es la historia cultural?* España: Ediciones Paidós Ibérica.
2. Butler, J. (1990). *El género en disputa*. México: Paidós Mexicana.
3. Cano, G. y Georgette J. V. (coords.) (2001). *Centro estudios de género en el México Urbano del Siglo XIX*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Programa Universitario de Estudios de Género.
4. Fernández, Ch. F. et al. (2012). *Género y democracia*. Consejo Nacional para prevenir la discriminación, Secretaría de Gobernación. pp. 194.
5. Fontela, M. (2008). *¿Qué es el patriarcado?* Diccionario de estudios de Género y feminismo. Editorial Biblos.
6. García Villanueva, J. e Isaura E. López Segura et al. (2010). Hombres jóvenes de la Ciudad de México: juventud e identidad masculina. *Culturales*. VI (11), Universidad Autónoma de Baja California. México, pp. 83-128.
7. Garzón Valdés, E. (2005). *Lo íntimo, lo privado y lo público*. México: Cuadernos de Transparencia, Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI).
8. Gewerc, A. (2001). Identidad profesional y trayectoria en la Universidad. *Revista de curriculum y formación del profesorado*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
9. González Stephan, B. (2010). *Héroes nacionales, estado viril y sensibilidades homoeróticas. Entre hombres: masculinidades del siglo XIX en América Latina*. Madrid: Iberoamericana. Vervuert.
10. Gutmann, M. C. (1997). Traficando con hombres: La antropología de la masculinidad. *Annual Review of Anthropology*, (26), 361.
11. Hernández Cabrera, P. M., Domínguez-Ruvalcaba, H. (2017). La cuestión del odio. Acercamientos interdisciplinarios a la homofobia en México. *Iztapalapa*. (83), Universidad Autónoma Metropolitana. pp. 221-228.
12. Macías González, V. M. (2008). Las amistades apasionadas y homosociabilidad en la primera mitad del s. XIX. *Historia y Grafía*. (31), México: Departamento de Historia, pp. 19-48.
13. Montesinos, R., Rangel Romero, R. (2010). Democracia, educación y género. Un reto social para el siglo XXI. *El Cotidiano*, (161), México: Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco. pp. 55-62.
14. Moreno Juárez, S. (2007). *Masculinidades en la ciudad de México durante el porfiriato. Una aproximación bibliográfica*, Trabajo final del Seminario de Investigación III. Iztapalapa: Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Iztapalapa, División de Ciencias Sociales y Humanidades.
15. Ortiz, A. y Rosales Mendoza, A. L. (coords.) (2009). *Aportaciones a los estudios*

de las sexualidades, las identidades y lo derechos sexuales y reproductivos. México: Universidad Pedagógica Nacional, Universidad Autónoma de Baja California.

16. Peluffo, A., Sánchez Prado, I. M. (eds.) (2010). *Entre hombres: masculinidades del siglo XIX en América Latina*. Madrid: Iberoamericana, Vervuert.

17. Ramírez Rodríguez, J. C. (2006). *¿Yeso de la masculinidad?: Apuntes para una discusión*. En Gloria Careaga y Salvador Cruz Sierra, *Debates sobre les masculinidades*. México: UNAM.

18. Scott, J. (1996). El género: una categoría útil para el análisis histórico. En Marta Lamas (comp.). *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*. México: Miguel Ángel Porrúa-PUEG (UNAM).